REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.
Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. AUTO

PRIMERO: Téngase por reasumido el poder por la Dra. DANNIA VANESSA YUSSELFY NAVARRO ROSAS, identificada con C.C. No. 52.454.425 y T.P. No. 121.126 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

SEGUNDO: Reconózcase como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. CEIBOLT JULIETH ACUÑA MAYORDOMO, identificada con C.C. No. 1.023.916.764 y T.P. No. 272.291 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferido.

II. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los apoderados de las demandadas **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de esta última la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, el 21 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **CORNELIA MARÍA NISPERUZA FLÓREZ** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES 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" de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de **PORVENIR S.A.**

Como consecuencia de lo anterior, depreca se condene a **PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones el valor de los saldos o aportes pensionales consignados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, así como los cobros y gastos administrativos descontados. Así mismo, solicita se ordene a Colpensiones a aceptar el retorno de la accionante, recibiendo el traslado de los valores antes indicados.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 38-52) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las de imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, buena fe, prescripción, compensación y la innominada o genérica.

Adujo que la demandante contaba con más de 35 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sin embargo, según las certificaciones allegadas se evidencia que no había prestado 15 años o más de servicios a esa misma fecha, no siendo beneficiaria del régimen de transición, careciendo de un derecho pensional adquirido o una expectativa legitima de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida.

Concluyó mencionando que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad se llevó a cabo de manera libre y voluntaria y se encuentra demostrado que el asesor del fondo privado suministró la totalidad de la información detallada, clara, precisa y oportuna, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía a la accionante el trasladarse de régimen pensional, ello de acuerdo con la normatividad existente al momento de dicho traslado.

PORVENIR S.A. (fls. 56-78), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó

prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

En resumen, adujo que la solicitud de nulidad de traslado resulta improcedente por cuanto la afiliación de la demandante no contiene vicios del consentimiento y por el contrario están dados los requisitos de ley para su validez.

Indicó 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 S.A**. 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 S.A**., dejando con ello constancia de su libre escogencia.

Arguyó 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 legitima que la lleve a ser cobijado bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

COLFONDOS S.A. (fls. 83-107), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, petición antes de tiempo y ausencia de vicios del consentimiento.

Expuso que la demandante ha estado afiliada con diferentes administradoras del régimen de ahorro individual y por tanto, conoce claramente como opera este régimen, además esa entidad siempre cumplió con el deber de información y jamás existió omisión en tal deber, como tampoco indebida o equivocada asesoría, máxime cuando la demandante es una persona mentalmente estructurada que contaba con la capacidad de

sopesar los argumentos manifestados, tanto por los asesores de Colfondos como los de **PORVENIR S.A.**, a fin de determinar si realmente le convenía o no tomar dicha decisión, por lo que no es válido, después de estar varios años afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, cuando evidenció que no cumplió con los objetivos de ahorro que se propuso cuando se trasladó de régimen, pretenda obtener la anulación de una afiliación completamente legal.

Indicó que Colfondos S.A. informó de manera adecuada y completa a la demandante, con anterioridad a su vinculación a la entidad, acerca de las condiciones bajo las cuales opera el régimen de ahorro individual con solidaridad y dada la particularidad de cada caso concreto, la persona encargada de explicar tales condiciones es el asesor que tramita la solicitud de cada persona, lo cual ocurrió en este caso, lo cual queda demostrado, toda vez que al suscribir el formulario de afiliación en tres oportunidades, la demandante dejó constancia que su elección fue efectuada en forma libre, espontánea y sin presiones.

Expuso que, como principio procesal, la demandante debe demostrar el supuesto engaño u omisión de la información, por lo que es la parte actora la que tiene la carga de la prueba, de ahí que no basta que después de varios años de estar afiliada en el RAIS con varias administradoras, pretenda desvirtuar un acto jurídico que nació a la vida jurídica y ha tenido efectos validos durante todo este tiempo, enfatizando que la accionante no aporta ninguna prueba tendiente a demostrar su afirmación.

Mencionó que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, por razón de la edad, tampoco tiene derecho a pensionarse bajo el régimen de transición porque no contaba con 15 años o más de servicios al 1° de abril de 1994 o 750 semanas cotizadas, además, no es posible su regreso al régimen de prima media por expresa prohibición del literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, porque en la actualidad cuenta con 61 años.

PROTECCIÓN S.A. (fls. 125-143), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de fondo las denominadas validez de la afiliación a Santander – hoy Protección S.A., buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada o genérica.

Adujo que la demandante suscribió el formulario de afiliación el 30 de septiembre de 2005, de manera libre y voluntaria y sin presiones, además, Santander (hoy Protección S.A.) entregó información objetiva a la demandante sobre el régimen de ahorro individual con solidaridad y su comparación con el régimen de prima media con prestación definida, con el fin de que la misma tomara una decisión libre, voluntaria e informada,

apreciando las ventajas y desventajas de los mismos, decidiendo solicitar su traslado al RAIS.

En relación con el formulario de afiliación previsto por Protección S.A. y suscrito por la demandante al momento de vincularse, éste se ajusta a la ley y contiene la información requerida para el efecto.

Mencionó que en este caso no se está frente a un vicio representado en la fuerza o el dolo, el cual debe ser demostrado; y como quiera que la demandante manifiesta haber incurrido en error por no recibir la adecuada asesoría por parte de Colfondos en su traslado de administradora dentro del RAIS, siendo importante mencionar que conforme el artículo 1509 del Código Civil el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, por lo que no puede, por disposición legal, darse cabida a una nulidad por causa de vicio del consentimiento representando en el error en cuanto a un punto de derecho, como lo sería el entendimiento errado de las consecuencias a nivel normativo de la decisión que libremente tomó la demandante para trasladarse de régimen.

Finalmente, adujo que, si en gracia de discusión se llegara a la conclusión de que la vinculación de la demandante ocurrió por error y dolo al RAIS y por lo tanto se encontraba viciada con nulidad relativa, se anota que cualquier declaración de nulidad estaría actualmente prescrita en los términos del artículo 1750 del Código Civil.

3. SENTENCIA APELADA

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

> "**Primero:** DECLARAR la ineficacia de la afiliación que hiciere la demandante Cornelia Nisperuza Flórez al régimen de ahorro individual con solidaridad, que en su caso administra Porvenir S.A para tenerla como válidamente afiliada a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.
>
> **Segundo:** CONDENAR a Colfondos a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con todos sus rendimientos bonos pensionales y gastos de administración.
>
> **Tercero:** ORDENAR a Colpensiones a aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida
>
> **Cuarto:** ABSOLVER a Protección de todas las pretensiones incoadas en su contra. *(...)*"

En síntesis, expuso que se apoya en sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como la SL 17595 de 2017 y las SL 68852 y 6838 de 2019, en donde se expone que los fondos privados

tienen una responsabilidad de carácter profesional, que esa responsabilidad debía comprender todas las etapas del proceso de afiliación de la persona, desde las condiciones del disfrute de la pensión, así como las consecuencias que conllevaba el traslado de régimen.

Arguyó que de las pruebas allegadas al plenario no se probó que **PORVENIR S.A.** le hubiera otorgado al demandante la debida información, y que, si bien se acreditó que firmó un formulario de afiliación ello no es suficiente, pues su firma a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado, que no se declara la nulidad porque no se observa ningún vicio del consentimiento en el traslado de régimen, además, la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en indicar que en casos donde se debate la falta de información, lo procedente es declarar la ineficacia de la afiliación y que, si bien la demandante se encontraba afiliada a una Caja de Previsión Social, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 todos los afiliados a estas Cajas pasaron a hacer parte del entonces ISS (hoy Colpensiones), que es la única administradora del RPM.

Concluyó indicando que la acción de ineficacia o nulidad del traslado no está sometida al termino trienal de prescripción que rige en materia laboral, por corresponder un asunto que está ligado con la construcción de un derecho pensional el cual no se ha causado y por ello resulta imprescriptible, tal y como se indicó en la sentencia con radicado No. 65791 de 2019.

4. APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Adujo que la demandante hizo un traslado inicial a **PORVENIR S.A.** y acusa de errónea la interpretación que la Juez de primer grado hizo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, especialmente cuando todos los dineros que reposaban en cabeza de las entidades distintas al I.S.S., se encuentran en cabeza de la U.G.P.P., y hacen un traslado para que la pensión sea cancelada por **COLPENSIONES**, cuando la demandante no estuvo afiliada al Seguro Social, por lo que no resulta aplicable el precedente judicial.

Mencionó que la decisión tomada por la demandante se hizo de forma consciente, pues recibió toda la información acorde y sujeta a la ley, antes de optar por la decisión de suscribir el formulario de afiliación que cumple con los presupuestos de ley y fue aprobado por la Superbancaria (hoy Superfinanciera).

Refirió que no pueden pasarse por alto los tres traslados horizontales que realizó la demandante, pues conforme la sentencia SL 413 de 2018 y

SL 52704 del 2018, ha sido clara la Corte Suprema de Justicia en indicar que el actuar de los afiliados en realizar aportes, solicitar información, recibir extractos, cambios de claves y demás, son señales inequívocas de la voluntad de estos de pertenecer a uno u otro régimen pensional y en tal sentido, no resulta plausible que prosperen las alegaciones respecto de la ineficacia de la afiliación, toda vez que la actora recibió la información debida y conforme a la ley en su afiliación inicial, máxime cuando el fallo de primer grado presupone supuestos jurídicos inexistentes para la fecha de la afiliación y posteriores traslado de la accionante, pues la Superfinanciera ha sido clara y enfática en indicar que el deber de suministrar información clara, cierta, comprensible y oportuna solo surge desde el 1° de julio de 2010, fecha de entrada en vigencia del Decreto 241 de 2010 y en tal sentido no resulta del caso obligar a **PORVENIR S.A**. a lo imposible o instaurar una tarifa legal, más aún cuando la ley era clara y para el año 1993 no debía existir soportes adicionales al diligenciamiento del formulario de afiliación, el cual cumple con todos los presupuestos de ley, máxime cuando la parte accionante no le restó ningún tipo de validez a dicho documento, ni lo tacharon de falso, con lo que es claro que la afiliación de la demandante se hizo de manera libre y voluntaria.

En cuanto a los gastos de administración, expuso que los mismos encuentran sustento en la Ley 100 de 1993 y por ello su devolución causaría perjuicios a **PORVENIR S.A**.. en favor de la demandante, especialmente cuando dichos emolumentos no están en cabeza de esa entidad porque fueron destinados a la adquisición de seguros para cubrir las contingencias de muerte o enfermedad, contingencias que fueron garantizadas a la demandante durante el tiempo que estuvo afiliada a **PORVENIR S.A**.., además, esos gastos de administración se utilizan para realizar movimientos financieros que conllevan a la obtención de rendimientos financieros, los cuales se encuentran depositados y trasladados oportunamente cuando la demandante realizó el traslado libre y voluntario entre AFPs.

COLPENSIONES

Expuso que, conforme el artículo 1495 del Código Civil, la afiliación que ejerció la demandante en el año 1995 no constituyó un acto unilateral, y por el contrario generó obligaciones mutuas para ambas partes, y si bien la desde la Ley 100 de 1993 se estableció que las AFP deben ofrecer información suficiente a los potenciales afiliados, ello tampoco exime que los afiliados vayan lo suficientemente ilustrados a la escogencia del régimen pensional, lo que ha sido expuesto en sentencias como la SL 1452 de 2019, además los consumidores financieros también contaban con unas obligaciones y en el presente caso se evidencia que la demandante dejó transcurrir 20 años, durante los cuales no mostró ningún interés por sus expectativas pensionales y por el contrario se ratifica en la afiliación de

manera horizontal a diferentes fondos, con la intención de permanecer en el RAIS y no desconocer o atacar las condiciones de este régimen.

Arguyó que debe tenerse en cuenta que la accionante venía de estar afiliada a una Caja de Previsión del Distrito y en tal sentido la decisión de primer grado afectaría aún más contra los intereses de Colpensiones, pues, atendiendo el principio de la relatividad de los actos jurídicos, el ISS no tuvo injerencia, para el año 1995 en el traslado efectuado por la actora y también atentaría contra el principio de sostenibilidad financiera, ya que aceptar este tipo de traslados atenta o desequilibra el fondo común y los afiliados que hace tiempo están cotizando al RPM, atentando contra sus expectativas pensionales.

Adicionalmente, expone que, para el momento en que la demandante solicita su traslado a Colpensiones, esto es el 19 de abril de 2018, ya estaba incursa en la prohibición de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y en tal sentido, para ella no se acreditan los requisitos de nulidad ni de ineficacia del traslado de régimen.

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 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 la contestación, así como en el recurso interpuesto.

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

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

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no 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.

DE LA 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 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	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los 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	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009	Implica el análisis previo, calificado y global de los

, asesoría y buen consejo	Decreto 2241 de 2010	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 Articulo 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 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".

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 explícita 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. 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. Corno 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.

En cuanto al argumento presentado por Colpensiones en su apelación referente a que la demandante tenía la obligación de asesorarse al ser consumidora financiera y por ello también tener obligaciones, si bien ello resulta acertado, esto no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado a la afiliada la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

f) En lo que a la **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*
>
> *"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*
>
> *"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".*

V. EL CASO EN CONCRETO:

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado en su momento por la CAJA DE PREVISIÓN DEL DISTRITO CAPITAL, conforme lo confesó en el interrogatorio de parte por ella rendido, **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 02/05/1995 a través de la A.F.P PORVENIR S.A (fl 16 y 67); **iii)** posteriormente efectúo traslado dentro del mismo régimen a la AFP Santander – hoy Protección S.A. el día 30/09/2005 (fl. 140) y luego a la AFP Colfondos S.A. el 26/09/2006 (fl. 106), y **iv)** que los días 19 y 27 de abril de 2018 (fl 10, 13 y 14) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

A folios 16 y 67 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 02/05/1995 con la AFP **PORVENIR 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 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 el fondo privado **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.

Ahora bien, frente a dicha sanción jurídica, 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*

[1] SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

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 reequilibro 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, por lo que no se requiere que el demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos.

Frente al tema de la ratificación por traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS, expuesta por PORVENIR S.A. en su recurso, como se expuso en la sentencia en cita, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos.

En cuanto al argumento presentado por el apelante **PORVENIR S.A.** frente a 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.

Ahora bien, atendiendo los repartos expuestos en los argumentos presentados por las demandadas al sustentar sus recursos de apelación, si bien la accionante se encontraba afiliada a la CAJA DE PREVISIÓN DEL DISTRITO CAPITAL previo su traslado a **PORVENIR S.A.,** en el año 1995, por lo que debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo **4 del Decreto 692 de 1994**, que establece:

"**ARTICULO 4o. REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA.** En el régimen solidario de prima media con prestación definida, los aportes de los afiliados y los empleadores, así como de naturaleza pública. El monto de la pensión es preestablecido, así como la edad de jubilación y las semanas mínimas de cotización. En este régimen no se hacen cotizaciones voluntarias, ni se puede optar por pensiones anticipadas.

Sin perjuicio de los dispuesto en el presente Decreto, los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario

> de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están.
>
> Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del sector público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación.
>
> Los servidores públicos que al 1o. de abril de 1994 no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, si seleccionan el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.
>
> Los servidores públicos que se trasladen de una entidad a otra en el sector público, que hubiesen seleccionado el régimen de prima media con prestación definida, serán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.
>
> Quienes ingresen como servidores públicos a partir del 1o. de abril de 1994 y escojan el régimen solidario de prima media con prestación definida, deberán vincularse exclusivamente al ISS.
>
> Quienes seleccionen el régimen de ahorro individual con solidaridad se regirán por lo dispuesto en el artículo siguiente."

Por lo anterior, el regreso de la demandante al régimen de prima media surte plena validez a través de COLPENSIONESolpensiones, conforme la norma en cita, al liquidarse alguna entidad de previsión sus afiliados debían ser trasladados al otrora Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones.

En cuanto al argumento expuesto por **COLPENSIONES** en su recurso, respecto de la afectación del principio de sostenibilidad financiera, ello no acontece así, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la vulneración al principio de la *relatividad jurídica* aducido por **COLPENSIONES** al sustentar su recurso, ha de mencionarse que esta es una figura propia del derecho civil, que establece básicamente, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil

de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto.

Al respecto, en sentencia SC 1182-2016[2] (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), expuso:

> *"Ha existido un mal entendimiento del aludido principio -explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).*
>
> *Y como ejemplo de lo anterior, señaló:*
>
> *No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin la comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter allios acta]. "Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.*
>
> *Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».[3]*
>
> ***3.3.** En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente."*

[2] Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.
[3] Ibídem.

Así las cosas, el principio aludido por Colpensiones, no es absoluto, por lo que, si bien esta entidad es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre la demandante y PORVENIR S.A., el incumplimiento al deber de información puede afectarlo; no obstante, como ya se advirtió ello solo lo es de manera relativa, en tanto que la AFP privada deberá 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"* **SL1421 de 2019, Rad. 56174 y SL 2611 del 1° de julio de 2020.**

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.

Al respecto, 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.

VI. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VII. 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 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
Aclaro Voto!

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de PORVENIR S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el 1 de julio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **BEATRIZ BACCA GONZÁLEZ** promoviese contra **PORVENIR S.A. y LA NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.**

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS Y PRETENSIONES

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, a partir del 29 de octubre de 2015, junto con los correspondientes incrementos legales, e intereses moratorios.

Subsidiariamente, solicitó la devolución de sus saldos.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó: **1)** Que acumula 478,43 semanas laborados en el Hospital Militar Central, aportes que fueron cotizados al I.S.S.; **2)** que acredita 741 semanas aportadas en la A.F.P. Porvenir S.A.; **3)** El 29 de octubre de 2015 solicitó pensión de vejez; **4)** Ante la falta de respuesta de Porvenir S.A., el 5 de julio de 2016 presentó acción de tutela; **5)** El 3 de agosto de 2016, PORVENIR S.A. le solicitó una

declaración juramentada para hacer el trámite de una pensión con garantía de pensión mínima ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; y **6)** El 27 de octubre de 2016 le fue negada la pensión por no contar con el capital necesario para pensionarse y estar percibiendo aportes superiores al salario mínimo legal; asimismo, no le devolvieron los saldos por el carácter temporal de sus ingresos.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

PORVENIR S.A. (fls. 75 a 86), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de mi mandante, falta de causa para pedir- cobro de lo no debido, buena fe, y prescripción.

Expuso que el capital que la accionante acumula en su cuenta de ahorro individual no es suficiente para sufragar el pago de una mesada pensional de por lo menos el 110% del salario mínimo legal.

Señaló que la actora no tiene derecho a la garantía de pensión mínima, dado que presenta ingresos superiores al salario mínimo legal mensual vigente, tal y como fue expuesto por la actora al rendir declaración juramentada; y que el artículo 84 de la Ley 100 de 1993 establece que cuando la suma de las pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado o los beneficiarios, sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima, no habrá lugar a la pensión mínima.

Dijo que no es dable imponer intereses moratorios, en la medida que la prestación se encuentra debidamente negada.

El último término, adujo que la devolución de saldos no es procedente, en la medida que, está en controversia el eventual reconocimiento de la pensión a favor de la actora.

Mediante auto del 17 de julio de 2019 se dispuso integrar al contradictorio a **LA NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** (fl.114), a quien se le tuvo por no contestada la demanda (fl.119).

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 1 de julio de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a pagar a favor de actora la pensión de vejez que corresponda al saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual a partir del 29 de octubre de 2015 hasta el 24 de mayo de 2019, con los reajustes legales y

mesada 13 adicional. PORVENIR S.A. deberá pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre estas mesadas reconocidas a partir del 1 de marzo de 2016 y hasta su pago efectivo.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. al reconocimiento y pago de la garantía de pensión mínima a partir del 25 de mayo de 2019, junto con los reajustes legales y mesada 13 adicional. PORVENIR S.A. podrá adelantar los trámites necesarios y conducentes ante la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito público para lograr el pago de dicha garantía.

TERCERO: ABSOLVER a LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de las pretensiones de la demanda.

CUARTO: SIN COSTAS en el presente caso.

En síntesis, refirió que el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 establece los requisitos mínimos que debe acreditar una persona para acceder a una pensión de garantía mínima, esto es, la edad pensional en el régimen de prima media, 1150 semanas, y que el capital no es suficiente para reconocer una pensión de vejez; presupuestos que tiene cumplidos la actora.

Señaló que el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 derogó el artículo 84 de la Ley 100 de 1993 que establecía que "cuando la suma de las pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado o los beneficiarios, según el caso, sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima, no habrá lugar a la garantía estatal de pensión mínima"; y que aunado a lo anterior, el artículo 3° del Decreto 832 de 1996 que modificó el artículo 84 de la Ley 100 de 1993, le agregó lo siguiente, "sin perjuicio del derecho a percibir la pensión que corresponda al saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual", con lo que se puede inferir que una persona sí puede obtener la pensión con lo que tenga en su cuenta de ahorro individual, inclusive si su mesada es inferior a un salario mínimo.

Consideró que el entendimiento del fondo privado estaba acorde con la Ley 100 de 1993 pero no con el Decreto 832 de 1996, normatividad existente para la época, por lo que se debió reconocer la prestación desde el 29 de octubre de 2015 y hasta al 24 de mayo de 2019 (fecha hasta la que tuvo vigor el artículo 84 de la Ley 100 de 1993), conforme al valor pensional que le hubiere correspondido según su capital en la cuenta de ahorro individual; y que a partir del 25 de mayo de 2019 se debe reconocer la prestación con cargo a la garantía de pensión mínima.

Concluye indicando que las administradoras de fondos privados deben internamente realizar las gestiones administrativas para que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público reconozca las obligaciones a su cargo, y que inclusive es posible reconocer una pensión provisional; y que al no atenderse la normativa que rige la materia hay lugar a intereses moratorios.

4. APELACIÓN DE SENTENCIA.

PORVENIR S.A.

Expuso que el alcance que se le da al artículo 3° del Decreto 832 de 1996 en su apartado, "sin perjuicio del derecho a percibir la pensión que corresponda al saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual", es equivocado, pues lo que se busca es que el aportante siga efectuando sus aportes hasta lograr la pensión mínima, por lo que no podría condenarse al fondo a reconocer la pensión entre 2015 y 2019.

Así mismo indicó, que el artículo 3° del Decreto 832 de 1996 no se encuentra derogado, y allí se dispone claramente que si una persona devenga más de un salario mínimo, no tiene derecho a una pensión de garantía mínima.

5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 26 de enero de 2021, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la demandante quien actúa en causa propia.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y S.S., 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 que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de vejez conforme a la garantía de pensión mínima.

GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA

Por general hay lugar al reconocimiento y pago de pensión de vejez en el régimen de ahorro individual con solidaridad cuando el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual le permite al afiliado obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal. Al respecto, el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 establece:

> **"ARTÍCULO 64. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ.** Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita

obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Indice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste <sic> hubiere lugar".

Sin embargo, cuando el capital de la cuenta pensional no alcanza para financiar la pensión mínima, es preciso entonces examinar si el afiliado cumple los requisitos para acceder a una garantía de pensión mínima. Al punto, el artículo 65 de ejusdem, señala:

"**ARTÍCULO 65. GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ.** Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión."

En este sentido, la garantía de pensión mínima de vejez es entendida como un beneficio que otorga el Estado, quien completa el capital necesario para financiar la pensión mínima, siempre y cuando los afiliados logren la edad de 62 años si son hombres o 57 años si son mujeres, y tengan cotizados por lo menos 1150 semanas.

De lo probado en el proceso

i) Beatriz Bacca González nació el 17 de noviembre de 1952 (fl. 30).
ii) La demandante laboró en el Hospital Militar Central del 13 de marzo de 1973 al 30 de septiembre de 1976 (fls. 20 a 24).
iii) La accionante registra cotizaciones en el régimen de prima media desde el 04 de octubre de 1976, hasta marzo de 2002, acumulando un total de **478,43** semanas (fls.18 y 19)
iv) La demandante se trasladó de régimen pensional a través de BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías (hoy Porvenir S.A.), el 15 de marzo de 2002 (fl.87).
v) La actora acumula a octubre de 2014, un total de **752** semanas en Porvenir S.A. (fls. 25 y 26).
vi) La demandante elevó reclamación de reconocimiento de pensión de vejez el 29 de octubre de 2015 (fl.9).
vii) La pensión de vejez fue negada por parte de Porvenir S.A. el 3 de agosto de 2016, por cuanto la actora no acumulaba un capital que le permitiera obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal, oportunidad en la que, además se señaló que para que haya lugar a la garantía de

pensión mínima se debía allegar una declaración juramentada de los ingresos que percibía (fls. 28 y 29).

viii) En declaración juramentada la demandante señaló que tenía ingresos mensuales de aproximadamente $1'500.000.oo (fl.32).

ix) El 27 de octubre de 2016 se negó la garantía de pensión mínima por cuanto la demandante no tenía ingresos iguales o superiores al salario mínimo (fl.46).

Pues bien. De conformidad con los hechos probados, resulta claro que la demandante acreditó los requisitos exigidos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiaria de una garantía de pensión mínima, pues cumplió la edad de 57 años el **17 de noviembre de 2009**, y acreditó un total de **1415,86 semanas** (Hospital Militar Central, 185,43 semanas; Colpensiones, 478,43 semanas; y Porvenir S.A., 752 semanas a octubre de 2014).

Pese a lo anterior, el argumento de la A.F.P demandada para negarse a reconocer la pensión de vejez por garantía mínima se basó en que el artículo 84 de la Ley 100 de 1993 (hoy derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019), no permite el reconocimiento de la pensión, al tener la actora ingresos superiores a un salario mínimo. Al respecto, la norma en comento disponía:

> **"ARTÍCULO 84.** Cuando la suma de las pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado o los beneficiarios, según el caso, sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima, no habrá lugar a la garantía estatal de pensión mínima".

Por su parte, el artículo 3° del Decreto 832 de 1994 que modificó la anterior norma, dispuso:

> **"Artículo 3°.** *Excepción a la garantía de pensión mínima.* De acuerdo con el artículo 84° de la Ley 100 de 1993, cuando la suma de las pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado o los beneficiarios, según el caso, sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima, no habrá lugar a la garantía estatal de pensión mínima, sin perjuicio del derecho a percibir la pensión que corresponda al saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual.
>
> Para los efectos del presente artículo, se entienden incluidos en renta y remuneraciones los saldos de libre disponibilidad de que trata el artículo 85 de la ley 100 de 1993.
>
> En desarrollo del artículo 83° de la Ley 100 de 1993, las entidades administradoras y las aseguradoras verificarán con la información a su alcance, que el afiliado o los beneficiarios, según el caso, no se encuentren en los supuestos del presente artículo. En todo caso el afiliado manifestará bajo la gravedad del juramento que los ingresos que percibe mensualmente no superan el límite requerido para acceder a la garantía de pensión mínima.

Al efecto, la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) deberá consignar en el documento respectivo, las normas sobre falsedad en documento privado".

Sobre la interpretación de las anteriores normas, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia **SL2445-2020**, dijo:

"Como se observa el precepto legal solo alude simple y llanamente a que se hubiera cotizado determinado número de semanas, pero no indica por ningún lado sobre qué monto deben hacerse esas cotizaciones. **En otras palabras, la censura se equivoca cuando hace una distinción que la norma no contempla, pues pretender que el derecho a la garantía de la pensión mínima está sujeto a que las cotizaciones se hubieran efectuado sobre un salario mínimo, no es otra cosa que adicionar un requisito que la ley no prevé,** con el único fin de no reconocer la pensión a la que tiene derecho el accionante.

De otra parte, tampoco es cierto que la circunstancia de que el promotor del proceso hubiera cotizado algunos años con un salario superior al mínimo legal vigente, lo ubique dentro de la excepción del hoy derogado artículo 84 de la Ley 100 de 1993, el cual señalaba:

> ***ARTÍCULO 84.*** *Cuando* ***la suma*** *de las pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado o los beneficiarios, según el caso, sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima, no habrá lugar a la garantía estatal de pensión mínima.*

En efecto, la citada normativa hacía relación a que no hay lugar a la *«garantía de pensión mínima»*, cuando la sumatoria de las pensiones, rentas y remuneraciones que recibiera el afiliado o sus beneficiarios, fueran superiores a lo que le correspondiera como pensión mínima. **Lo que significa, que la base de cotización del afiliado no era un parámetro válido para que a la luz de tal normativa se perdiera dicha garantía, máxime que así se cotice ciertos ciclos con un salario base mayor al mínimo legal, el monto de la mesada no siempre arroja una suma superior a ese tope."** (Negrillas por la Sala).

Conforme al anterior precedente jurisprudencial, es claro que pretender que el derecho a la garantía de la pensión mínima esté sujeto a que las cotizaciones se hubieran efectuado sobre un salario mínimo, no es otra cosa que adicionar un requisito que la ley no prevé; y que el artículo 84 de la Ley 100 de 1993, no establece que la base de cotización del afiliado sea un parámetro válido para que se determine que a la luz de tal normativa se pierde la garantía de pensión mínima, máxime si se tiene en cuenta que a pesar de que un afiliado cotice sobre un salario mayor al mínimo legal, el monto de la mesada no siempre arroja una suma superior a ese tope.

De esta manera, y dado que en el caso de marras, la pensión de vejez fue negada por parte de **PORVENIR S.A.**, el 3 de agosto de 2016, bajo el

argumento de que la actora no acumulaba un capital que le permitiera obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal (fls. 28 y 29); debió proceder consecuentemente a tener en cuenta el fondo de pensiones demandado, que la actora tiene más de 57 años de edad; y que acumulaba más de 1150 semanas cotizadas, es decir, que cumplía con los requisitos exigidos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, por lo que debió reconocer la prestación con fundamento en la garantía de pensión mínima, inclusive desde el cumplimiento de las 1150 semanas por parte de la accionante, sin más miramientos de otra clase.

Sobre el tópico, recuérdese que el artículo 83 de la Ley 100 de 1993, es claro al establecer en forma perentoria que *"La administradora o la compañía de seguros que tenga a su cargo las pensiones, cualquiera sea la modalidad de pensión, será la encargada de efectuar, a nombre del pensionado, los trámites necesarios para que se hagan efectivas las garantías de pensión mínima"*, por lo que, era el fondo privado quien debía gestionar todas las actuaciones necesarias para que se pudiera reconocer a favor de la accionante su prestación con garantía de pensión; y que el artículo 21 del Decreto 656 de 1994, establece que *"(...) cuando no existan recursos suficientes para atender el pago de una pensión por falta de presentación oportuna de las solicitudes de pago de bonos pensionales, de las solicitudes de pago de las garantías mínimas estatales o de las solicitudes de pago de las diferencias a cargo de las compañías aseguradoras, por razones imputables a las administradoras, éstas deberán reconocer a los respectivos pensionados* ***pensiones provisionales****, con cargo a sus propios recursos".*

Además, el artículo 2° del Decreto 142 de 2006 que modificó el artículo 9° del Decreto 832 de 1996, dispone que:

> **"Artículo 9°.** *Mecanismos de pago de la Pensión Mínima de Vejez en el Régimen de Ahorro Individual.* Para efectos del presente decreto, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público establecerá mediante resolución, y previa consulta con la Superintendencia Financiera de Colombia, las fórmulas para el cálculo del saldo de una cuenta individual suficiente para cubrir vitaliciamente una pensión mínima, consultando los precios de las pólizas de Renta Vitalicia vigentes en el mercado, el cual se denominará Saldo de Pensión Mínima. Igualmente establecerá las fórmulas para la proyección de saldos de que trata el inciso 3° y, en general, los demás cálculos indispensables para la aplicación del presente artículo.
>
> En desarrollo del artículo 83 de Ley 100 de 1993, cuando la AFP verifique, de acuerdo con los anteriores cálculos, que un afiliado que ha iniciado los trámites necesarios para obtener la pensión de vejez reúne los requisitos para pensionarse contenidos en el artículo 64 de la misma, pero el saldo en su cuenta individual es menor que el Saldo requerido para una Pensión Mínima, incluido el valor del bono y/o título pensional, iniciará los pagos mensuales de la respectiva pensión con cargo a la cuenta de ahorro individual, previo reconocimiento de la Oficina de Bonos Pensionales del

> Ministerio de Hacienda y Crédito Público del derecho a la garantía de pensión mínima, reconocimiento que se efectuará en un plazo no superior a cuatro (4) meses contados a partir del recibo de la solicitud. En estos casos, la AFP informará a la OBP cuando el saldo de la cuenta individual indique que se agotará en un plazo de un año, con el fin de que tome oportunamente las medidas tendientes a disponer los recursos necesarios para continuar el pago con cargo a dicha garantía".

Frente al punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2735-2020 dijo lo siguiente:

> "No sobra precisar que la contribución que realiza el Estado a través de la oficina de Obligaciones Pensionales del Ministerio de Hacienda, es para el asegurado que, como el caso de la actora, no logró acumular el capital suficiente para financiar su pensión de vejez, siendo de responsabilidad de la entidad de seguridad social, como administradora del fondo pensiones del régimen de ahorro individual, el reconocimiento de ésta y no de dicho ente ministerial, pues, se insiste, es por conducto de esta entidad que el Estado aporta lo que hace falta a los asegurados para no ver truncada la garantía de vejez, pues es a eso a lo que se refieren los artículos 64 y 65 de la Ley 100 de 1993, lo que, se repite, no desdice de las funciones que competen al citado Ministerio".

Así las cosas, y dado que se estableció en el numeral primero de la sentencia venida en apelación, que se condenaba a la AFP PORVENIR S.A. a pagar a favor de actora la pensión de vejez que corresponda al saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual a partir del 29 de octubre de 2015 hasta el 24 de mayo de 2019, con los reajustes legales y mesada 13 adicional, la Sala estima necesario **MODIFICAR** la sentencia, en el sentido de establecer que dicha pensión se debe pagar en virtud de la garantía de pensión mínima.

Al punto, téngase en cuenta que el juez de primera instancia sentó su condena en la posibilidad que a la accionante le fuera reconocida una pensión por debajo del salario mínimo legal mensual vigente, al estar en el régimen de ahorro individual, no obstante, tal razonamiento va en contravía del inciso 12° del artículo 48 de la Constitución Política, que dispone:

> "Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. **Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente**. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión".

Así mismo, y pese a que no existe inconformidad de la activa sobre el tópico, es necesario rememorar que en estudio de constitucionalidad realizado al artículo 66 A del C.P.T y de la S.S., referente al principio de la consonancia, a través de la sentencia **SC-968 de 2003** se declaró exequible

tal norma, bajo el entendido que **"las materias objeto de recurso de apelación incluyen siempre los derechos laborales mínimos irrenunciables del trabajador".** Sobre el tópico, la sentencia en mención señaló:

> "Por lo tanto el principio de consonancia consagrado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2002, no puede ser interpretado en el sentido restringido ya analizado, sino de manera tal que su significado se avenga a los dictados de la Constitución. **De esta manera, cuando la norma en mención exige que la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia *"con las materias objeto del recurso de apelación"* debe entenderse que el examen que efectúa el superior no se limita a los asuntos desfavorables del fallo de primera instancia sobre los cuales versa la impugnación, sino a todos aquellos aspectos desfavorables al trabajador que involucran beneficios mínimos irrenunciables los cuales deben entenderse siempre incluidos en el recurso de alzada.** Esta solución tiene fundamento en el principio de la conservación del derecho que habilita a la Corte para mantener la disposición en el ordenamiento, excluyendo del mismo, a través de una sentencia condicionada, los entendimientos de la misma que contrarien los principios y valores constitucionales.
>
> Lo anterior no significa que el juez de segunda instancia pueda adicionar o extender un fallo en el cual ya ha utilizado el a-quo la facultad extra o ultra petita. Por lo tanto, cuando un fallo de primera instancia, sea revisado por el superior, en virtud del recurso de apelación, éste *puede confirmar una decisión extra petita de la primera instancia, si ella es acertada, o revocarla en caso contrario, o modificarla reduciéndola si el yerro del inferior así lo impone, decisión que no puede ser aumentada ya que, de lo contrario, sería superar el ejercicio de la facultad, llevarla más allá de donde la ejercitó el a-quo y esto no le está permitido al ad-quem, ni tampoco agravarla en vigencia del principio procesal de la no reformatio in pejus, garantía constitucional que hace parte del derecho fundamental al debido proceso (C.P., arts. 29 y 31).*
>
> Debe tenerse en cuenta, que si bien tanto la consulta como la apelación son figuras jurídicas diferentes, pues el grado jurisdiccional de consulta no opera a iniciativa de la parte afectada sino automáticamente por mandato legal, con el fin de evitar fallos que puedan afectar los derechos de los trabajadores o el patrimonio público, lo cual justifica que el superior cuente con un amplio margen para resolver, y tratándose del recurso de apelación éste un medio de impugnación establecido en favor de quien se considera afectado por una resolución judicial a fin de que el superior jerárquico la modifique, aclare o revoque, correspondiéndolo a éste determinar las pretensiones de su recurso, materias éstas que delimitan la competencia del superior quien no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, "salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla" (CPC art. 357), y por lo tanto, en apariencia no se vulneraría el derecho a la igualdad, no es menos cierto que, **la facultad del reconocimiento de beneficios mínimos irrenunciables del trabajador no concedidos en primera instancia no puede ser una facultad exclusiva de la consulta**, según la cual, el superior adquiere plena competencia para revisar íntegramente la actuación con el

fin de reparar los posibles yerros en los que ha incurrido el a-quo, y por lo tanto debe emitir un pronunciamiento como si fuese el juez de primera instancia pudiendo en consecuencia ejercer la atribución que al sentenciador del primer grado confiere el artículo 50 del CPT para fallar extra y ultra petita, bajo las condiciones allí establecidas que consisten en que los hechos en que se sustenta se hayan debatido dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y que los mismos estén debidamente probados.

La interposición del recurso de apelación en materia laboral y su delimitación a las materias que perjudican al trabajador, no puede entenderse excluyente de aquellos derechos mínimos irrenunciables no concedidos en la primera instancia, pues a través de este mecanismo no puede el trabajador de manera voluntaria renunciar a ellos, pues por esta vía perdería efectividad la protección especial de la cual gozan todos los trabajadores.

En consecuencia, para la Corte las expresiones *"la sentencia de segunda instancia"*, *"deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación"* del artículo 35 de la Ley 712 de 2002, se ajustan a la Constitución, en el entendido que las materias objeto del recurso de apelación incluyen siempre los derechos laborales mínimos irrenunciables del trabajador. Interpretado de esta forma el segmento normativo acusado del artículo 35 de la Ley 712 de 2002 se hacen efectivos los derechos y garantías mínimas irrenunciables del trabajador que ampara el Ordenamiento Superior".

Las anteriores razones son suficientes para **MODIFICAR** la sentencia en los términos aludidos, y **CONFIRMARLA** en lo demás, al no encontrarse vulneración adicional a derechos laborales mínimos e irrenunciables de la actora, y no elevarse impugnación sobre tópicos diferentes a los estudiados en esta sentencia.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la A.F.P. Porvenir S.A.

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. – MODIFICAR el numeral primero de la sentencia, en el sentido de establecer que la pensión que se reconoce es con fundamento en la garantía de la pensión mínima.

SEGUNDO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia impugnada.

TERCERO. - Costas en esta instancia a cargo de la A.F.P. Porvenir S.A.

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.**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de $550.000 a cargo de la parte demandada.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.
Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. ASUNTO A TRATAR

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** - en favor de la demandante la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **GLADYS VICTORIA LARA GUATAQUI** 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 del incremento pensional del 14% por persona a cargo a partir del 1° de diciembre de 2007, así como como la indexación por dicho concepto y los intereses de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

2. Actuación Procesal.

Notificada la entidad demandada, **COLPENSIONES (fls. 31-45)**, dio respuesta al líbelo genitor oponiéndose a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones las denominadas carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica.

Expuso, en síntesis, que la demandante no acredita la totalidad de los requisitos legales para acceder al incremento solicitado, especialmente lo que se refiere a la dependencia económica de su compañero permanente.

Refiere que, si en gracia de discusión se acreditaran todos los requisitos legales, debe tenerse en cuenta que la pensión de la actora fue reconocida mediante Resolución No. 132225 del 2011 y se elevó reclamación administrativa el 15 de junio de 2017, lo que conlleva a la aplicación de la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que se superó el término trienal previsto en la norma para reclamar la prestación.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El ***A quo*** dictó sentencia **ABSOLUTORIA.**

Para sustentar su decisión, adujo, en síntesis, que no se discute que a la actora le fue reconocida pensión de vejez por el extinto ISS mediante Resolución No. 132225 del 13 de diciembre de 2011 y lo hizo con fundamento en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiaria del régimen de transición.

Indicó que la sentencia de revisión y de unificación No. 310 de 2017 fue declarada nula y en su reemplazo la Corte Constitucional emitió la sentencia SU 14 de 2019, em la que indicó que los incrementos por persona a cargo habían desaparecido del ordenamiento jurídico al momento de entrar en vigencia el sistema general de pensiones establecido en la Ley 100 de 1993 y solo un pequeño grupo poblacional, esto es aquello que al 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, hubieran adquirido el derecho pensional, podrían seguir recibiendo los incrementos.

Frente al caso concreto, menciona que la demandante nació el 14 de octubre de 1956, no habiendo cumplido ni siquiera los 40 años cuando entró en vigencia el sistema general de pensiones, sin haber adquirido aún el derecho pensional, el cual se adquiere años después.

Mencionó que, si bien la sentencia SU 140 de 2019 tiene 4 salvamentos de voto, a criterio de ese juzgado ello no le resta el carácter de sentencia de unificación y por ende fue el máximo intérprete el que decidió que estos incrementos ya no existen, razón por la cual, no encuentra necesario analizar si se acreditó o no el requisito de dependencia económica.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, por auto del 26 de enero del 2021, se admite el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, mediante proveído del 25 de marzo 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 reiteraron lo expuesto en la demanda y 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?.

De los incrementos pensionales por personas a cargo

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 hubieren 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 a la actora, 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 la demandante beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993**. Ello se desprende de la Resolución No. 132225 del 2011, obrante a folios 17-18 del plenario.

Consecuentemente, estando probado en el proceso que la demandante es pensionada en el riesgo de vejez con base en el A. 049/90, por ser beneficiaria 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 la demandante goza actualmente de una pensión de vejez con base en el A. 049/90, por ser beneficiaria 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, la Sala **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 LABORAL,**

V. R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia consultada, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

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**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de Colpensiones y estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **JOSÉ MANUEL CAVIEDES CRUZ** promoviese contra **COLPENSIONES.**

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende el reconocimiento y pago de un retroactivo de su pensión de vejez a partir del

01 de mayo de 2015 y hasta el 01 de septiembre de 2018. Igualmente, solicita mesadas adicionales, intereses moratorios, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta que: **1)** Cumplió los 60 años el 24 de enero de 2014; **2)** Cotizó al I.S.S. 1031,71 semanas; **3)** Mediante la Resolución SUB 233678 de 2018 le fue reconocida pensión de vejez por parte de Colpensiones, a partir del 01 de enero de 2018; **4)** A través de la Resolución DIR 17591 de 2018 se le negó el pago del retroactivo pensional, dado que no existía novedad de retiro por parte del último empleador; y **5)** La última cotización fue el ciclo de abril de 2015.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

COLPENSIONES (fls. 35 a 40), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, y la innominada.

Expuso que de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 para la causación y disfrute de la pensión por vejez, es necesario además del cumplimiento de los requisitos de edad y semanas cotizadas, el retiro o desafiliación del sistema general de pensiones; y que el retiro no se presume, pues por el contrario debe figurar en la historia laboral del afiliado.

Agregó que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia no se debe confundir la causación con el disfrute de la pensión, ya que el primer caso se refiere al cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación, y el segundo, se da cuando se efectuó la solicitud de reconocimiento pensional previa desafiliación del régimen.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 08 de septiembre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

> **CONDENAR** a COLPENSIONES reconocer y pagar al demandante la suma de $27'035.998 por concepto de **retroactivo pensional** por el periodo comprendido entre el 01 de mayo de 2015 y el 30 de agosto de 2018; y **los intereses moratorios** regulados por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del día 23 de diciembre de 2018, fecha en la cual venció el periodo de cuatro meses de gracia regulado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 contado a partir del día 19 de marzo de 2015 liquidado sobre las mesadas pensionales insolutas de pago mes a mes hasta cuando se produzca el pago de la obligación.
>
> La excepción de prescripción se declara no probada.
>
> Costas a cargo de la parte demandada. Se fija la suma de $3'000.000 por concepto de agencias en derecho.

Como fundamento de su decisión, el A Quo refirió, en síntesis, que si bien el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 establece que es necesaria la desafiliación del régimen para disfrutar de la pensión de vejez, lo cierto es que no establece que debe darse la novedad de retiro por parte del trabajador, y que el inciso 2° del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 dispone que la obligación del trabajador de aportar al sistema general de pensiones, cesa cuando se cumplen los requisitos de edad y tiempo para acceder a la pensión de vejez, de manera que el trabajador puede seguir trabajando y solicitar la prestación pensional; y que lo anterior, encuentra respaldo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Afirmó que, como el demandante cumplió los requisitos legales el 30 de abril de 2015, a partir del día siguiente tenía derecho a que se le reconociera su pensión de vejez; y que el retroactivo se debe pagar hasta el 30 de agosto de 2018, dado que la prestación pensional se empezó a pagar a partir del 01 de septiembre de 2018.

Señaló que hay lugar a intereses moratorios, pues no se dio respuesta al demandante del reconocimiento prestacional dentro de los cuatro meses que establece la ley; que la pensión del Acuerdo 049 de 1990, al tener como base el régimen de transición debe ser considerada como una prestación de la Ley 100 de 1993, y por ende del régimen de prima media, conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia; y que la condena de intereses moratorios excluye el reconocimiento de indexación.

Concluye indicando que no operó prescripción, puesto que no transcurrieron tres años desde la definición del reconocimiento prestacional y la demanda, dado que el primero se decidió con la Resolución DIR 17591 del 01 de octubre de 2018, y la segunda data del 11 de marzo de 2019.

4. APELACIÓN DE SENTENCIA.

COLPENSIONES

Expuso que el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 determina que el reconocimiento pensional se hará a corte de nómina en caso de que no se reporte la novedad de retiro; y que en el caso concreto, el actor para abril de 2015 se encontraba vinculado con el empleador Compañía Metalmecánica y para dicho mes, dicho empleador no presentó novedad de retiro.

Dijo que operó prescripción, ya que se elevó reclamación administrativa hasta el 22 de agosto de 2018, por lo que, las mesadas anteriores al mismo día y mes de 2015 están afectadas por este fenómeno.

Finalmente, explicó que no proceden intereses moratorios, en la medida que la prestación fue reconocida conforme al Decreto 758 de 1990, y dichos intereses sólo proceden en pensiones reconocidas de conformidad con la Ley 100 de 1993.

5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de noviembre de 2020, se admitió el recurso de apelación.

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

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y S.S., 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 C.P.T. y de la S.S., 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 que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar a partir de cuándo tiene derecho el demandante al reconocimiento de la pensión de vejez; si en su caso operó el fenómeno de la prescripción; si se encuentra bien liquidado el retroactivo hallado por el A Quo; y si hay lugar a intereses moratorios.

RETROACTIVO.

El artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos; que será necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma; y que para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo:

> **"ARTÍCULO 13. CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ.** La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo".

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que cuando se está frente a una pensión de vejez de prima media administrada por el I.S.S., el disfrute está condicionado a la desafiliación formal del sistema (sentencias SL6159-2016 y SL5515-2016). Sin embargo, dicha Corporación en sentencia del 20 de octubre de 2009 Rad. 35605, y más recientemente en la SL4073-2020, admitió algunas excepciones a la obligación de desafiliación formal del sistema para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, de manera que cuando en un proceso no obra prueba del acto de desafiliación al sistema, puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta de pago de aportes y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones; circunstancias de las cuales no quede duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional. Así lo dijo, en la aludida sentencia SL4073-2020:

> "Sobre el particular, manifiesta la Sala que asiste la razón a la impugnación, como quiera que el alcance que se le ha dado a los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en conjunto con el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 4.° de la Ley 797 de 2003, se ha venido morigerando con el tiempo, al paso que hoy se considera que el *retiro del régimen*, en tratándose de trabajadores del sector privado, es comprobable de más de una manera, expresa o tácita, deducible en uno u otro caso del comportamiento adoptado por el destinatario de la prestación. Así lo viene asentando la Corte, entre otras en la sentencia CSJ SL5541-2019, 27 nov. 2019, rad. 79370:

Pues bien, la controversia planteada en ambos cargos, se concreta a determinar la fecha de desafiliación del sistema, a partir de la cual se habilita el disfrute de la pensión de vejez, según lo preceptuado en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que reza:

ARTÍCULO 13. CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN POR VEJEZ. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.

Sobre la figura de la desafiliación, esta Sala ha considerado que aquella acontece cuando el afiliado exterioriza su voluntad de no continuar amparado para los riesgos IVM en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, manifestación que bien puede ser expresa, reportando la novedad de retiro, o tácita, mediante actos que así lo den a entender. En esa medida, sobre el alcance y sentido de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, la Sala ha adoctrinado que cuando no se cuente con el acto formal de desafiliación, deben examinarse las circunstancias fácticas del caso a fin de determinar en qué momento debe entenderse que el afiliado desiste de su afiliación al sistema pensional y se hace exigible la mesada causada. Así se adoctrinó en la sentencia CSJ SL9036-2017, reiterada, entre otras, en la CSJ SL900-2018:

De conformidad con los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese año, en principio, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

Esos preceptos resultan aplicables al sub lite, por tratarse aquí de una prestación concedida bajo esos reglamentos, en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

No obstante, lo anterior, esta Sala de la Corte en varias de sus jurisprudencias ha morigerado el alcance de esas disposiciones, entre ellas, cuando del comportamiento del asegurado se deriva la intención inequívoca de retirarse del sistema, así formalmente no exista novedad de desafiliación (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015; y CSJ SL5603-2016).

En sentencia CSJ SL5603-2016, la Corporación precisó que los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, «admiten un entendimiento conforme al cual la voluntad del afiliado de no continuar afiliado al sistema, manifestada mediante actos externos, es un parámetro válido para establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión.

En efecto, si el objetivo de las mencionadas disposiciones es adquirir certeza del momento a partir del cual el afiliado no desea seguir en el sistema, dicha situación puede ser igualmente cognoscible mediante otros actos exteriores e inequívocos, como lo puede ser la suspensión definitiva de los aportes o la manifestación expuesta en tal sentido.

(...) Al examinar el acervo probatorio allegado al plenario, advierte la Sala que a f.° 19, obra el documento de identidad del actor, que da cuenta de que nació el 28 de agosto de 1949, por los que los 60 años los cumplió el 28 de agosto de 2009.

Igualmente, reposa el reporte de semanas cotizadas en el cual se consigna como último aporte el registrado el 30 de agosto de 2009 (f.° 110 - 120), y este dato se corrobora, además, en la Resolución n.° 000749 del 14 de enero de 2011, expedida por el ISS (f.° 20 – 22), fecha que indudablemente debe considerarse como aquella en la que se desafilió el actor del sistema de pensiones, como ya se dijo en sede extraordinaria, pues al haber satisfecho los requisitos para acceder a la pensión de vejez, en aplicación del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 4.° de la Ley 797 de 2003, cesó la obligación de seguir cotizando al Sistema General de Pensiones, con independencia de que su vínculo laboral con el Banco de Bogotá, estuviera vigente (f.° 51)

En ese orden, el goce del derecho pensional se debió producir desde el 01 de septiembre de 2009". (Subrayado por la Sala).

DE LO PROBADO EN EL PROCESO.

i) José Manuel Caviedes Cruz nació el **24 de enero de 1954** (fl. 11).
ii) El demandante cotizó a Colpensiones **1031,71** semanas en toda su vida laboral (fls. 12 a 15).

iii) El **22 de agosto de 2018** el accionante solicitó pensión de vejez (fl.16).

iv) Al actor le fue reconocida de pensión de vejez , **a partir del 01 de septiembre de 2018**, en cuantía de $781.242 y de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 (Resolución SUB 233678 de 2018, fls. 17 a 21).

v) El actor efectuó cotizaciones al SGP hasta el mes de **abril de 2015** (fl12 a 15)

vi) El 19 de septiembre de 2018 el demandante interpuso recurso de apelación a fin de que se reconociera la pensión desde el 01 de mayo de 2015 (fls. 22 y 23).

vii) A través de la Resolución DIR 17591 de 2018, se confirmó la Resolución SUB 2336778 de 2018 (fls. 24 a 29).

Descendiendo al caso, tenemos que según resumen de semanas cotizadas por empleador visible a folios 12 a 15, que si bien no se presentó novedad de retiro y/o novedad de desafiliación por parte del último empleador que tuvo el demandante, Compañía Metalmecánica Rivera Ltda., a favor del demandante se cotizaron semanas hasta el periodo de abril de 2015, fecha para la cual ya acreditaba el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones para acceder a una pensión de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990; norma que dispone:

"ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,

b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo".

En efecto, el accionante cumplió la edad de 60 años el 24 de enero de 2014 (fl.11), fecha para la cual acumulaba un total de 1031,71 semanas, por lo que le asiste razón a la jueza de primera instancia en reconocer la pensión desde el día 01 de mayo de 2015, pues desde es la primera fecha es dable inferir la desafiliación del demandante al sistema de seguridad social integral en pensiones, por lo que tal condena se confirmará. Adicionalmente, se considera acertado reconocer el retroactivo hasta el 30 de agosto de 2018, pues a partir del 01 de septiembre del mismo año, Colpensiones ordenó el reconocimiento pensional.

PRESCRIPCIÓN.

La finalidad de la prescripción no es otra que la de consolidar situaciones jurídicas concretas, en consideración al transcurso del tiempo. En ese orden de ideas, el paso del tiempo extingue el derecho o la obligación, en razón a que la persona interesada no ejerce el derecho dentro del tiempo estipulado por la ley. En materia laboral, el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., dispone:

> **"ARTICULO 151. PRESCRIPCION.** Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual".

En el caso objeto de estudio, se observa que el accionante solicitó su pensión de vejez el **22 de agosto de 2018**, fecha en la cual logró interrumpir la extinción de las mesadas que se causaron con anterioridad al mismo día y mes de 2015.

Por tanto, le asiste razón a la impugnante al establecer que operó el fenómeno prescriptivo de las mesadas pensionales causadas del 01 de mayo de 2015 al 21 de agosto de 2018, por lo que se MODIFICARÁ la sentencia en el sentido de establecer que se DECLARA PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN de las mesadas causadas con anterioridad al 22 de agosto de 2018.

VALOR DEL RETROACTIVO.

Teniendo en cuenta que el valor sobre el cual se reconoció la pensión es el salario mínimo legal mensual vigente, tenemos que se debe pagar por concepto de retroactivo la suma de **$24'832.039,76** previo los descuentos en salud:

RETROACTIVO			
AÑO	VALOR MESADA	MESADAS	VALOR MESADA
2015	$ 644.350,00	5,30	$ 3.415.055,00
2016	$ 689.455,00	13	$ 8.962.915,00
2017	$ 737.717,00	13	$ 9.590.321,00
2018	$ 781.242,00	8	$ 6.249.936,00
			$ 28.218.227,00
DESCUENTO SALUD			$ 3.386.187,24
TOTAL			$ 24.832.039,76

Por lo anterior, se establecerá que el valor que se debe pagar por concepto de retroactivo es la suma aludida.

INTERESES MORATORIOS E INDEXACIÓN.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha explicado que los intereses moratorios resultan aplicables a las pensiones a que se refiere la Ley 100 de 1993, así como para las de transición a cargo del I.S.S. en el régimen de prima media con prestación definida (sentencias del 24 de mayo de 2007, y 04 de julio de 2018, Rads. 30325, y SL2000-2018, respectivamente); incluso, la misma Corporación, en sentencia SL1681-2020, reexaminó el tema y consideró que los referidos intereses no solamente operan en relación con las pensiones otorgadas exclusivamente en virtud de la nueva ley de seguridad social, sino frente a todas las prestaciones concedidas en aplicación de normas anteriores y en sujeción al régimen de transición:

> "Al respecto, conviene recordar que esta Sala ha defendido la tesis de que los réditos moratorios del artículo 141 de 1993 únicamente proceden frente a pensiones reconocidas integralmente con base en las normas del sistema general de pensiones. Así, desde la sentencia CSJ SL, 28, nov. 2002, rad.

18273, reiterada en CSJ SL, 11 feb. 2003, rad. 19424, CSJ SL, 19 feb. 2004, rad. 20951, CSJ SL, 9 sep. 2005, rad. 24257, CSJ SL, 13 dic. 2007, rad. 30602, CSJ SL, 11 mar. 2008, rad. 32043, CSJ SL, 17 feb. 2009, rad. 36022, CSJ SL, 30 nov. 2010, rad. 41137, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 50681, CSJ SL, 6 sep. 2012, rad. 40387, CSJ SL, 30 en. 2013, rad. 39662, SL1851-2014, SL13649-2015, SL4959-2016, SL12962-2017, SL4404-2018, entre otras, esta Corporación sostuvo:

"[...] para la mayoría de la Sala, en esta oportunidad, contrario a lo que se venía sosteniendo, los intereses del artículo 141 de la ley (sic) 100 de 1993 se imponen cuando se trata de una pensión que debía reconocerse con sujeción a su normatividad integral.

Y es que no obstante lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C- 601 del 24 de mayo de 2000 al declarar exequible el mencionado artículo 141, para la Corte esa disposición solamente es aplicable en el caso de mora en el pago de pensiones causadas con posterioridad a la vigencia de la ley de Seguridad Social y que sean reconocidas con fundamento en la normatividad integral de la misma, y no, como ocurre en este caso, respecto de una pensión que no se ajusta a los citados presupuestos".

Considera la Sala oportuno replantear ese criterio jurisprudencial, dada la existencia de razones poderosas y convincentes que obligan a su revisión. Para sustentar este cambio de pensamiento, la Corte, primero, sostendrá que el pago oportuno de las mesadas pensionales es un derecho universal de los pensionados, que tiene un claro referente constitucional y legal. En segundo término, discernirá sobre el propósito útil del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a fin de defender la tesis de que esa norma tenía la función de clarificar y sentar las pautas para la liquidación de todas las pensiones legales, incluidas las del régimen de transición. Y, por último, planteará que las pensiones adquiridas en virtud del régimen de transición, son pensiones que hacen parte del sistema general de pensiones y, en esa medida, los pensionados tienen derecho a obtener las prestaciones y beneficios derivados de este sistema.

[...] De esta forma, el régimen de transición no es un cuerpo separado o excluido de la Ley 100 de 1993, sino una regulación especial englobada en la misma, a través del cual se otorga a ciertas personas la posibilidad de pensionarse con base en la edad, tiempo de servicios o semanas de

cotización y monto de la ley anterior, quedando todo lo demás sometido al imperio de aquella normativa.

Lo anterior derrumba el argumento expuesto desde la sentencia CSJ SL, 28 nov. 2002, rad. 18273 según el cual *«los intereses del artículo 141 de la ley (sic) 100 de 1993 se imponen cuando se trata de una pensión que debía reconocerse con sujeción a su normatividad integral»*, dado que, una pensión otorgada al amparo del régimen de transición, no es una prestación ajena al sistema o excluida de su campo de aplicación. Simplemente se trata de una pensión con unas exigencias especificas más favorables, de forma similar a como ocurre con la pensión especial por hijo inválido o la pensión especial por alto riesgo, las cuales tienen condiciones pensionales más benéficas que las de la pensión de vejez ordinaria, sin que ello signifique que estas prestaciones no sean parte del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993.

En este orden de consideraciones, no existe razón para negar el derecho a los pensionados del régimen de transición (Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988, entre otras) a obtener los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues, se repite, estas prestaciones hacen parte del sistema general de pensiones.

[...] Así las cosas, es incorrecto afirmar que cuando el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 alude a la mora en el pago de las mesadas pensionales *«de que trata esta Ley (sic)»*, entender por tal únicamente a la pensión de vejez ordinaria, de sobrevivientes y de invalidez. También son de *«esta Ley (sic)»* prestaciones tales como la pensión especial de vejez por hijo inválido, la pensión de las personas con deficiencia física, síquica o sensorial del 50% (par. 4.° art. 33 L. 100/1993), las pensiones especiales por el desarrollo de actividades de alto riesgo (art. 17 L. 797/2003, D. 2090/2003) o las pensiones adquiridas con fundamento en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Todas estas prestaciones que fijan condiciones especiales para pensionarse tienen su fuente en la Ley 100 de 1993 o, para decirlo de otro modo, son de *«esta Ley (sic)»*.[...]

Con lo anterior, **la Sala abandona su criterio jurisprudencial anterior y, en su lugar, postula que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican a todo tipo de pensiones legales, reconocidas**

con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones".

Por otra parte, la misma corporación ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. **42783**, la del 29 de mayo de 2003, **rad. 18789**, así como la **SL8949-2017 y SL3947-2020**), pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, **Rad. 43602**, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, **Rads. 44526 y 45312, así como en la SL16390-2015, SL552-2018 y SL1019-2020**).

En el *sub examine*, si bien en principio se observa que la razón que tuvo Colpensiones para no reconocer la prestación a favor del accionante en fecha anterior a la reconocida, fue la falta de novedad de retiro y/o desafiliación al sistema de seguridad social en pensiones, tal y como dan cuenta las Resoluciones SUB 233678 y DIR 17591 de 2018 (fls.17 a 29), en las que se citó para el efecto lo establecido en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 que dispone *"La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de la parte interesada pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma"*, lo cierto es que en el caso bajo estudio le era perfectamente posible inferir la intención o voluntad de retiro del sistema del actor, por cuanto dejó de efectuar cotizaciones en el mes de abril de 2015, fecha para la cual ya tenía el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones; y finalmente la solicitud de pensión después de 3 años de tales hechos; circunstancias por las cuales no queda duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema, luego, conforme la jurisprudencia de nuestro órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, hay lugar al pago de los mismos, y en la forma como lo

estableció el A Quo, pues la solicitud de pensión se elevó **el 22 de agosto de 2018**, y como a la fecha han pasado más de los cuatro meses que por Ley tiene la entidad para reconocer la prestación se causaron **desde el 23 de diciembre de 2018** y hasta el momento en que se efectúe su pago, razón por la cual se CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia en tal punto.

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. – MODIFICAR la sentencia, en el sentido de establecer que se DECLARA PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN de las mesadas causadas con anterioridad al 22 de agosto de 2015, y en consecuencia que se debe reconocer por concepto de retroactivo de las mesadas causadas del 22 de agosto de 2015 al 31 de agosto de 2018, la suma de **$24'832.039,76.**

SEGUNDO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

TERCERO. - Sin costas en esta instancia.

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

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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. 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.

TERCERO: Téngase por reasumido el poder por el Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ, identificado con C.C. No. 79.985.203 y T.P. No. 115.849 del C.S. de la J., como apoderado principal de Porvenir S.A.

II. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la demandada **COLPENSIONES**, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de esta entidad la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, el 25 de junio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA IRMA DÍAZ ROZO promoviese** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –**

COLPENSIONES 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" y/o ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante el 1° de agosto de 1999 a través de la AFP Horizonte S.A. – hoy Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante y a esta última a realizar todas las actuaciones administrativas tendientes a anular el mentado traslado, así como a recibir a la demandante sin solución de continuidad y corregir y actualizar la historia laboral de la actora.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 71-80) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las denominadas prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y la declaratoria de otras excepciones.

Adujo que, el traslado efectuado por la actora el 1° de agosto de 1999 a la AFP Horizonte S.A. (hoy Porvenir S.A.) se presume, no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia del régimen pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, sino plenamente válido, por lo cual la afirmación de la existencia de un vicio del consentimiento en el trámite del traslado al RAIS alegado por la demandante deberá probarse en el desarrollo del proceso judicial.

Menciona que, conforme lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la actora no se encuentra dentro del límite temporal allí consagrado para efectuar traslado alguno entre regímenes pensionales, dado que cuenta con 56 años, teniendo en cuenta que nació el 27 de enero de 1963.

PORVENIR S.A. (fls. 84-121) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

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 legitima que la lleve a ser cobijada bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

3. SENTENCIA APELADA

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

*"**PRIMERO:** Declarar la ineficacia del traslado de la señora María Irma Díaz Rozo efectuado del Régimen de Prima Media al RAIS acaecido el 17 de junio de 1999 mediante su afiliación a Colpatria hoy Porvenir.*

***SEGUNDO:** Condenar a Colpensiones a admitir el traslado de régimen pensional de la señora María Irma Díaz Rozo.*

TERCERO: *Condenar a la demandada Porvenir a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación de María Irma Díaz Rozo como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto es junto con los rendimientos que se hubieren causado.*

CUARTO: *Condenar a Colpensiones a aceptar todos los valores que devuelva Porvenir, que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante efectuando los ajustes en la historia pensional laboral de la actora. (...)"*

En síntesis, indicó que en los términos del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 los afiliados al sistema de seguridad social estaban facultados para escoger el régimen pensional al cual querían pertenecer, dando la posibilidad de modificar dicha selección, primero por el término de 3 años, luego con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003 ese término fue de 5 años y se indicó que después de 1 año de la vigencia de dicha norma, el afiliado no podría cambiarse de régimen cuando le faltare menos de 10 años para pensionarse, prohibición que encuentra una excepción establecida en la sentencia C-189 de 2002, en la que se indicó que esa prohibición no es aplicable a los afiliados que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaran con 15 años de servicio.

Para el caso concreto, indicó que se constata que la demandante nació el 27 de enero de 1963 y que solicitó el retorno al RPM el 10 de octubre de 2018, esto es cuando ya se encontraba inmersa en la prohibición antes mencionada, además, que no cumple con el requisito para enmarcase dentro de la excepción prevista por la Corte Constitucional, pues a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 267.86 semanas de cotización, equivalentes a 5 años y 1 mes aproximadamente.

Sin embargo ,refirió, con apoyo en la expedición del Decreto 663 de 1993 y la evolución normativa que se ha generado como con el Decreto 656 de 1994, Ley 1328 de 2009, Decreto 2555 de 2010, Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015 y Ley 795 de 2003, que la obligación de información se advertía desde dichas calendas , especialmente al analizar el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 que habla de una información necesaria para lograr una mayor transparencia en las operaciones que realicen los usuarios, del tal suerte que tengan mejores posibilidades de escoger sus opciones en el mercado y tomar decisiones informadas.

Se apoyó igualmente en numerosas sentencias de la la Corte Suprema de Justicia según las cuales, la obligación recae en las AFP de suministrar a sus afiliados la información completa y suficiente antes del traslado de régimen, por lo que para que el traslado de régimen sea válido debe existir un consentimiento de información precedido de la información idónea, sin que ello sea exclusivo para los beneficiarios del régimen de transición o aquellos que contaran con una expectativa legítima de pensión.

Expuso que, de las pruebas allegadas al plenario, no existe medio de convicción que demuestre que Porvenir S.A. suministró la información a la demandante, al momento de su traslado al RAIS, esto es el 17 de junio de 1999, pues del interrogatorio de parte rendido por la accionante no se obtuvo confesión respecto de la información requerida al momento de la afiliación y precisa que dicha prueba no es precisamente un escrito o constancia documental de la información, sino cualquier prueba que comprobara ello, lo cual no se efectúa con el formulario de afiliación allegado al plenario, pues si bien en el mismo se plasmó junto a la firma de la accionante una declaración de voluntad, esta no puede ser tenida como prueba del consentimiento informado de la demandante para el traslado de régimen pensional, pues la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que la simple firma del formulario de afiliación no demuestra el consentimiento informado.

4. APELACIÓN

COLPENSIONES

Adujo que, para el momento en que la demandante realizó el traslado de régimen pensional la única exigencia normativa para la validez del traslado era la suscripción del formulario de afiliación, siendo imposible para las administradoras de pensiones aportar otro medio probatorio, bien sea documental, testimonial u otro medio probatorio por el cual se demuestre que efectivamente se cumplió con las obligaciones legales, máxime cuando para el momento del traslado de la demandante ni siquiera se documentaba la asesoría, de forma que no queda un registro físico de cuál fue la información que se le brindó a la demandante y por ello debió hacerse el análisis únicamente con relación a las obligaciones legales existentes para el momento del traslado y que conforme el formulario de afiliación allegado, fue cumplido por Colpatria y luego por Porvenir S.A., pues el mismo se suscribió de forma libre y voluntaria.

Mencionó que, en el interrogatorio de parte la accionante indicó que sabía que el bono pensional eran las semanas que había cotizado al ISS y también menciona que se le indicó que esas semanas cotizadas se perdían si ella no se trasladaba, afirmación que no le consta y la cual no tiene ningún sustento legal, máxime cuando la Ley 100 de 1993 establece lo relacionado con el bono pensional y cuáles son las personas que tienen derecho a este, además en el expediente obra una historia laboral con corte octubre de 2018 que aportó la misma demandante, donde se indica cuál es el valor del bono pensional y la fecha de redención de este (27 de enero de 2023), de manera que la demandante sabía que tenia derecho al bono pensional e incluso del valor y fecha de la posible redención, además habló de rentabilidad y que el asesor le garantizó que iba a tener una mesada

pensional similar a su salario, situación que en el RAIS es posible y en muchas mejores condiciones que las que podría obtener en el RPM, pero ello depende de algunas condiciones como la rentabilidad, factores financieros, el núcleo familiar, la expectativa de vida del afiliado, circunstancias que a la luz de la Ley 100 de 1993 son ciertas, ya que en el RAIS puede, además de obtener una mejor pensión, obtenerla de manera anticipada sin tener que cumplir ningún requisito de edad.

Enfatizó que las afirmaciones expresadas por la demandante en su interrogatorio de parte, más que demostrar un desconocimiento de los regímenes pensionales, lo que demuestra es una intención generada únicamente a obtener un beneficio para poder trasladarse al RPM, pese a que ya cumplió la edad mínima para acceder al reconocimiento de pensión de vejez en el RPM y solo al trasladarse tendría el beneficio de la mesada pensional y los subsidio que otorga dicho régimen, afectando el principio de sostenibilidad financiera, pues como lo confesó la demandante, su inconformidad con el RAIS radica en que ella considera que tendría una mesada pensional acorde con sus cotizaciones y su nivel de vida, y en tal sentido los precedentes de la Corte Suprema de Justicia han expuesto que la diferencia de la mesada pensional o la frustración en a expectativa pensional que tiene el afiliado no es suficiente para que se anule o declare ineficaz el traslado de régimen pensional.

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 de 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 reiteraron lo expuesto en la demanda y contestaciones, así como en el recurso interpuesto.

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

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

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no 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.

DE LA 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 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	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los 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	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009	Implica el análisis previo, calificado y global de los

, asesoría y buen consejo	Decreto 2241 de 2010	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 Io que más le conviene y, por tanto, Io que podría perjudicarle
Deber de información , asesoria, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Articulo 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 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".

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 explícita 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. 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. Corno 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.

f) En lo que respecta al argumento referente a que la decisión tomada por la Jueza de Primera Instancia **descapitaliza el fondo y afecta el principio de sostenibilidad financiera**, a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

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

EL CASO EN CONCRETO:

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 16/09/1985 (fl. 80-cd); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 25/06/1999 a través de la A.F.P COLPATRIA hoy PORVENIR S.A (fl 111); **(iii)** que posteriormente se trasladó dentro del mismo régimen al fondo de pensiones HORIZONTE el día 29/09/2000 (fls. 113) y luego a PORVENIR el 14/08/2001 (fl. 112), y **vi)** que el día 10/10/2018 (fl 20-41) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

A folio 111 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 25 de junio de 1999 con la AFP Colpatria Pensiones y Cesantías, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos 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, y conforme los argumentos expuestos por el apoderado de Colpensiones al momento de sustentar su recurso, 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

[1] SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose el fondo privado 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 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 reequilibro 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 orden de devolución de cuotas o gastos de administración que ordenó efectuar la 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, frente al argumento expuesto por Colpensiones en su recurso, respecto de la afectación del principio de sostenibilidad financiera, ello no acontece así, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Conforme lo antes expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia de primer grado, por encontrarse ajustada a derecho.

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**,

R E S U E L V E

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
Aclaro Voto!

Código Único de Identificación: 11001310500820190012001
Demandante: **ALCIRA MANRIQUE MARTÍNEZ**
Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.
Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. 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.

TERCERO: Téngase por reasumido el poder por el Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ, identificado con C.C. No. 79.985.203 y T.P. No. 115.849 del C.S. de la J., como apoderado principal de Porvenir S.A.

II. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de la demandada **PORVENIR S.A.**, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de **COLPENSIONES** la sentencia proferida por el

Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, el 30 de junio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que ALCIRA MANRIQUE MARTÍNEZ promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES 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 efectuado por la demandante al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. realizar todos los trámites pertinentes para el retorno de la demandante al RPM, incluyendo la devolución de los aportes, rendimientos y bonos pensionales, así como cualquier concepto que hubiese recibido en razón de su afiliación, como las cuotas de administración.

Así mismo, solicita el pago de los perjuicios morales ocasionados.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 92-103) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica.

Adujo que, en este caso no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y Porvenir S.A. es nulo y/o ineficaz, toda vez que obran medios de prueba suficientes para determinar que el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria y que el asesor de la AFP suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía trasladarse de régimen.

Mencionó que, al alegarse por la parte demandante que Porvenir S.A. actúo mediante maniobras engañosas a efectos de realizar el traslado, es a esta parte a quien le corresponde única y exclusivamente desvirtuar la buena fe del fondo de pensiones.

Indicó que, en este caso no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que la demandante fue informada por el fondo al que se encuentra afiliada, el cual suministró la información veraz y completa acerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes, por lo que no se evidencia vicio en el consentimiento por error, fuerza o dolo, pues la demandante siempre estuvo consiente de la afiliación que estaba realizando, además, frente al dolo, indica que este no puede presumirse, sino que debe probarse y en el presente asunto no existe prueba idónea y contundente que Porvenir S.A., a través de sus asesores, hubiese actuado de manera dolosa y con la intención de ocasionar un daño.

PORVENIR S.A. (fls. 119-145) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica.

En resumen, adujo, que la parte demandante debió acreditar cualquiera de las eventualidades que establece de manera expresa el artículo 1741 del Código Civil, esto es que el acto contenía un objeto o causa ilícita, que la afiliada era una incapaz absoluto al realizar el traslado de régimen, por cuanto en los demás casos la eventual irregularidad sería de las denominadas relativas.

Mencionó que, en este caso no se encuentran acreditados los requisitos de hecho que exige el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 para su aplicación, por lo que cualquier solicitud elativa a verificar la existencia de vicios de la voluntad, como los que se alegan en la demanda, debe entenderse como una nulidad relativa respecto de la cual operan las condiciones de ratificación del acto jurídico.

Indicó que la actora suscribió solicitud de vinculación (documento público), en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 242 y 244 del CGP y 54A del CPTSS.

Refirió que en el presente asunto no es factible declarar la ineficacia o inexistencia del traslado, como quiera que no se probó que faltaba alguno de los elementos esenciales de este acto jurídico y tampoco procede la nulidad absoluta del cambio de régimen, pues no se acreditó que para ese momento la afiliada fuera una incapaz absoluta, y si en gracia de discusión se hubiese presentado alguna irregularidad en el cambio de régimen, necesariamente se trataría de las catalogadas por la ley como nulidades relativas, las cuales pueden ser ratificadas de manera expresa o tácita y están sometidas al fenómeno prescriptivo.

Adujo que el consentimiento informado para la libre escogencia del régimen pensional se materializó con la suscripción de la solicitud de afiliación, conforme lo exige el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, es decir, no se trata de una simple declaración vacía incluida en un formato de afiliación, sino un requerimiento legal expresamente señalado sobre la firma de la actora quien se presume como una persona capaz para obligarse, máxime cuando, de declararse la nulidad o ineficacia del traslado se desconoce el principio de la autonomía de la voluntad privada con la que cuenta la demandante.

Expuso que existe una presunción legal de buena fe con la que actuó Porvenir S.A. desde el mismo momento de la afiliación válida y legítima de la demandante al RAIS.

Concluyó diciendo que, a la fecha en que la demandante se afilió voluntariamente al RAIS, no había ingresado a su patrimonio ningún derecho pensional consolidado, de manera que no existía razón jurídica ni fáctica para que Porvenir S.A. le impidiera ejercer su libre elección de cambiar de régimen.

3. SENTENCIA APELADA

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

> *"**PRIMERO:** Declarar la ineficacia del traslado de la señora Alcira Manríquez Martínez realizado del Régimen de Prima Media al RAIS acaecido el 25 de marzo de 1999 mediante la afiliación a Porvenir.*
>
> ***SEGUNDO:** Condenar a Colpensiones a admitir el traslado de régimen pensional de la señora Alcira Manríquez Martínez.*
>
> ***TERCERO:** Condenar a la demandada Porvenir a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación de la señor Alcira Manríquez Martínez tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto es junto con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> ***CUARTO:** Condenar a Colpensiones a aceptar todos los valores que devuelva Porvenir, que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante efectuando los ajustes en la historia pensional laboral de la actora. (...)"*

En síntesis, indicó que en los términos del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 los afiliados al sistema de seguridad social estaban facultados para escoger el régimen pensional al cual querían pertenecer, dando la posibilidad de modificar dicha selección, primero por el término

de 3 años, luego con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003 ese término fue de 5 años y se indicó que después de 1 año de la vigencia de dicha norma, el afiliado no podría cambiarse de régimen cuando le faltare menos de 10 años para pensionarse, prohibición que encuentra una excepción establecida en la sentencia C-189 de 2002, en la que se indicó que esa prohibición no es aplicable a los afiliados que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaran con 15 años de servicio.

Para el caso concreto, dijo que se constata que la demandante nació el 19 de febrero de 1957 y que solicitó el retorno al RPM el 23 de octubre de 2018, esto es cuando ya se encontraba inmersa en la prohibición antes mencionada, además, que no cumple con el requisito para enmarcase dentro de la excepción prevista por la Corte Constitucional, pues a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 744 semanas de cotización, equivalentes a 14 años y 2 meses.

Refirió que la obligación de información fue prevista desde la expedición del Decreto 663 de 1993 y la evolución normativa que se ha generado como con el Decreto 656 de 1994, Ley 1328 de 2009, Decreto 2555 de 2010, Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015 y Ley 795 de 2003, entre otras, norma en las que se advertía sobre el deber de información, especialmente al analizar el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 se habla de una información necesaria para lograr una mayor transparencia en las operaciones que realicen los usuarios, del tal suerte que tengan mejores posibilidades de escoger sus opciones en el mercado y tomar decisiones informadas.

Adujo que, en diversas ocasiones la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre el tema del presente asunto, como en sentencias SL 12316 de 2014, SL 9804 de 2015 y SL 4360 de 2019, entre otras, en las cuales, después de hacer referencia a la obligación que recae en las AFP de suministrar a sus afiliados la información completa y suficiente antes del traslado de régimen, precisa que dicha información debe darse acorde a la situación particular de cada afiliado, por lo que se deben dar a conocer las condiciones de su derecho pensional en uno y otro régimen, las características de cada uno y la incidencia de tales aspectos en la situación pensional particular de cada uno de los afiliados, por lo que para que el traslado de régimen sea válido debe existir un consentimiento de información precedido de la información idónea, sin que ello sea exclusivo para los beneficiarios del régimen de transición o aquellos que contaran con una expectativa legítima de pensión.

De igual manera afirmó que la Corte Suprema de Justicia, en diversas sentencias ha establecido que la carga de la prueba para demostrar el

cumplimiento del deber de información recae en las AFP, no solo por la carga dinámica de la prueba sino porque es justamente es una de las obligaciones consagradas en el Decreto 663 de 1993, siendo lógico que estas entidades al momento de la afiliación suministraran la información requerida para cada caso específico.

Expuso que, de las pruebas allegadas al plenario, no existe medio de convicción que demuestre que Porvenir S.A. suministró la información a la demandante, al momento de su traslado al RAIS, esto es el 25 de marzo de 1999, pues del interrogatorio de parte rendido por la accionante no se obtuvo confesión respecto de la información requerida al momento de la afiliación, precisando que, si bien la accionante hizo referencia a que en ese momento el asesor de la AFP le dio información acerca de las características propias del RAIS, de ello no se puede extraer que haya sido asesorada debidamente, esto es que le hayan explicado la existencia de los dos regímenes, como funcionaban, que le hayan dado la oportunidad de conocer su situación particular.

Indicó que, si bien para el momento del traslado de la demandante no existía claridad sobre cómo se debía brindar el asesoramiento, tampoco es óbice para que las entidades brindaran la información pormenorizada de los efectos del traslado de régimen pensional, en apego a los presupuestos normativos de los Decretos 663 de 1993 y 656 de 1994 y la Ley 100 de 1993.

Concluyó diciendo que, no obra prueba alguna que demuestre que para el 25 de marzo de 1999, fecha en que se llevó a cabo la afiliación de la demandante ante Porvenir S.A. se le brindó la información pertinente, en los términos de la jurisprudencia, por lo que resulta evidente que no se dieron los presupuestos necesarios para la validez del acto y por ello procedente resulta la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen de la actora.

En cuanto a la petición de reconocimiento de pensión de vejez como beneficiaria del régimen de transición atendiendo lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, indicó que dicha norma exige como requisito para acceder a la pensión de jubilación acreditar 20 años continuos o discontinuos de servicio oficial y 55 años de edad, por lo que, en ese orden reitera que la accionante es beneficiaria del régimen de transición, el cual mantuvo hasta en el año 2014, ya que para 1° de abril de 1994 tenía 37 años de edad y 744 semanas de cotización, continuado las cotizaciones con posterioridad a mayo del 2005, razón por la cual en principio es precedente dar aplicación a la disposición normativa solicitada en la demanda; sin embargo, teniendo en cuenta que en el mismo interrogatorio de parte la

actora afirmo que en la actualidad se encuentra cotizando al sistema de seguridad social de pensiones no es procedente realizar el estudio del derecho pensional dado que si bien la actora cumple con los 20 años de servicio como ya se dijo, continuo cotizando y no es posible contabilizar las semanas cotizadas aspecto que tiene relevancia en lo atinente al cálculo del IBL y la fecha del disfrute del derecho razón por la cual no se condenara al reconocimiento y pago de la pensión pues ello no podría ser tan beneficioso para la actora, precisando que una vez se materialice el traslado del régimen, Colpensiones deberá efectuar de manera inmediata el estudio y consecuentemente el reconocimiento pensional teniendo en cuenta que la demandante es beneficiaria del régimen de transición y se debe dar aplicación a la ley 33 de 1985 salvo que otra norma le resulte más favorable.

Frente al estudio y eventual condena de la devolución de saldos o cotizaciones efectuada con posterioridad a la fecha en que se consolidaron los requisitos para el reconocimiento de la pensión conforme lo establece la ley 33 del 85, ello no hizo parte de la petición de la demanda ni fue objeto del debate en el presente proceso y lo que impide su estudio incluso bajo las facultades ultra y extra petita dado que ello podría constar en una vulneración al debido proceso de las demandadas ya que dicha petición tan solo se puso de presente en los alegatos de conclusión, además, en gracia de discusión, tampoco resulta procedente la devolución como se dijo anteriormente las cotizaciones posteriores son relevantes para la determinación del IBL, máxime que no se puede hablar de un error inducido por cuanto tan solo con esta decisión se esta declarando la ineficacia del traslado lo que permite concluir que las encartadas obraron con apego a la ley.

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción incoada por las demandadas dijo que dicha acción no está sometida al termino trienal de la prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto ligado a la construcción de un derecho pensional del cual aún no se ha causado y por lo tanto resulta imprescriptible y someter su reclamación a un término determinado se vulneraria de manera grave el derecho fundamental del trabajador y es por ello y en consecuencia el derecho dela afiliado en someter a ineficacia del traslado no prescribe frente a esto consulta la sentencia SL 1689 del 2019.

4. APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Adujo que, mediante sentencia de tutela No. 5912 del 13 de mayo de 2020, que resuelve la acción de tutela instaurada por un afiliado contra una decisión del Tribunal que no le concede la nulidad de traslado, el H. Magistrado Jorge Quiroz Alemán presenta un salvamento de voto en el cual indica que no se deben considerar de manera indiscriminada todas las pretensiones de ineficacia del traslado con fundamento en la falta de información alegada por la demandante y no se puede generalizar el argumento de que sin importar si se tiene o no un beneficio transicional si se está próximo o no, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico, teniendo en cuenta las particularidades en tales asuntos.

Enfatiza que debe estudiarse cada caso en particular, esto para indicar que no debe proceder la nulidad de manera automática, además de indicar que no deben confundirse dos figuras jurídicas que es la nulidad y la ineficacia, pues la Juez de primer grado manifiesta que procede la ineficacia del traslado como quiera que existe un vicio, haciendo surtir efectos del artículo 1746 del Código Civil y al remitirse a dicha norma, se habla de la nulidad de un acto jurídico, mas no de la ineficacia.

Expone que la Corte Suprema de Justicia está confundiendo dichas figuras, haciendo producir efectos a cosas totalmente distintas, ya que si nos referimos a la ineficacia del traslado no se puede hacer uso de una norma distinta a la que trae la Ley 100 de 1993 y los efectos que están condicionados respecto de la afiliación de la persona y en el presente ni se alegó ni se probó el dolo.

En relación con la ineficacia, menciona que en el presente asunto no hay un acto que haya invalidado la validez del acto jurídico, pues este nunca tuvo objeto ni causa ilícita y tampoco hay duda de que la demandante fuera incapaz al momento de la firma del formulario de afiliación, luego no hay causa para declarar la invalidez de ese acto jurídico.

Adujo que el fallo de primera instancia le resta importancia al formulario de afiliación porque se trata de un simple formato, respecto a lo cual indica que este documento no se tachó de falso y que el mismo se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y 54A del CPTSS, entonces no se atacó la presunción de legalidad que tiene el formulario, ni tampoco se tachó de falso, por lo tanto tiene plena validez, y el cual, analizado con conjunto, lleva a concluir que sí se dio un consentimiento informado y no puede significar nada distinto que la accionante tuvo la intención inequívoca de pertenecer al RAIS, máxime

cuando no hizo reparo alguno acerca de su traslado y ratificó esa intención durante cada uno de los meses que perteneció al fondo privado.

Frente a la condena impuesta por gastos de administración, menciona que estos no hacen parte de la pensión, no incrementan la tasa de reemplazo en el RPM, luego, al no ser parte integrante de la pensión, están sujetos al fenómeno prescriptivo, máxime cuando se está ordenando la devolución de una suma que evidencia un enriquecimiento ilícito, porque se le están trasladando unos dineros a Colpensiones sin haber ejecutado ninguna actividad a favor del afiliado, situación diferente la que ocurre con la AFP, pues esos gastos son propios de la actividad que realizó para incrementar el capital que tiene la demandante en su cuenta de ahorro individual.

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 de 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 reiteraron lo expuesto en la demanda y contestaciones, así como en el recurso interpuesto.

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

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

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a

determinar si devino o no 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.

DE LA 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 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	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los 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 perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Articulo 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 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".*

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 explícita 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. 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. Corno 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.

f) Frente al tema de la **descapitalización el fondo y afectación del principio de sostenibilidad financiera**, a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*
>
> *"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*
>
> *"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".*

EL CASO EN CONCRETO:

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió a la Caja de Previsión Social de Boyacá el día 26/08/1976 (fl. 157); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 25/03/1999 a través de la A.F.P PORVENIR S.A (fl 51); **(iii)** que el día 22 y 23 de octubre de 2018 (fl 27-42) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

A folio 51 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 25 de marzo de 1999 con la AFP Porvenir 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 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, y conforme los argumentos expuestos por la apoderada de Porvenir al momento de sustentar su recurso, 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 el fondo privado 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.*

[1] SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

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 reequilibro 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 al argumento presentado por Porvenir al sustentar su apelación, referente a la ratificación de la actora del acto al permanecer afiliada al RAIS, como en la sentencia antes citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos.

En cuanto a la orden de devolución de cuotas o gastos de administración que ordenó efectuar la A Quo y que también fue objeto de recurso de apelación, 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.

En lo que respecta a la afectación del principio de sostenibilidad financierà, ello no acontece así, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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.

Al respecto, 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, por encontrarse ajustada a derecho.

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**,

R E S U E L V E

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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de junio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que JESÚS ARMANDO CASTELBLANCO VESGA promoviese contra el FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda, la activa aspira a que le sea reliquidada la pensión restringida de jubilación, teniendo en cuenta el salario promedio mensual devengado en el último año de servicios, con efectividad desde el 6 de noviembre de 2017.

Así mismo, depreca que se le reconozca y pague el valor de todas y cada una de las diferencias pensionales causadas como consecuencia de la reliquidación antes referida.

Como fundamento de las pretensiones la activa argumentó, en síntesis, que laboró al servicio de los extintos Ferrocarriles Nacionales de Colombia un total de 13 años, 7 meses y 1 día, comprendidos entre el 29 de mayo de 1978 y el 30 de abril de 1992, relación laboral que se terminó debido a la decisión unilateral del empleador de cancelar el contrato de trabajo.

Expuso que la demandada, a través de Resolución No. 1171 del 5 de julio de 2018 reconoció y ordenó pagarle una pensión proporcional de jubilación – pensión sanción, conforme lo establece el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, con efectividad a partir del 6 de noviembre de 2017, por valor de $1.232.164,97 y sobre un promedio mensual de $236.270 y lo indexan.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA

FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA (fls. 38-56). Se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, buena fe, falta de título o causa para demandar y la genérica.

En su defensa expuso, que la reliquidación que por medio de este asunto se pretende, no es válida, teniendo en cuenta que, de conformidad con las fechas de reconocimiento de las prestaciones a favor del demandante, no transcurrió un tiempo significativo que dé lugar a la pérdida del poder adquisitivo del mismo y por ende el de su mesada pensional.

Adujo que, el acto administrativo de reconocimiento pensional a favor del demandante se encuentra debidamente ejecutoriado y en firme, y mediante este se le reconoció de manera legal la pensión sanción, toda vez que cumplió con los requisitos establecidos por el artículo 8 de la Ley 171 de 1962.

Indicó que para la liquidación de la pensión del accionante, se tomó como base de liquidación el promedio devengado por el trabajador en el último año de servicio en la empresa, de acuerdo con la certificación de salario expedida por la entidad.

Por lo anterior, mencionó, no es procedente acceder a la reliquidación e indexación de la primera mesada pensional del

demandante, ya que la misma le fue reconocida teniendo en cuenta las disposiciones de carácter legal correspondientes para el caso concreto.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La ***A quo*** dictó sentencia ABSOLUTORIA.

Para adoptar tal determinación, la Juez de primer grado indicó que se encuentra demostrado que mediante Resolución No. 1171 del 5 de julio del 2018 la demandada reconoció al accionante una pensión proporcional de jubilación – *pensión sanción*, bajo los parámetros del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, en cuantía inicial de $1.232.164 pesos, debidamente indexada, a partir del 6 de noviembre de 2017; en dicho acto administrativo se tuvo en cuenta un tiempo de servicio prestado a los extintos Ferrocarriles de Colombia, equivalente a 13 años, 7 meses y 1 día, comprendido entre el 29 de mayo de 1978 al 30 de abril de 1992.

Adujo, frente a la inconformidad del actor, que recae exclusivamente en lo relativo al salario mensual promedio devengado durante el último año de servicio, del cual la demandada liquidó la mesada pensional, trae a colación lo establecido en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 y recuerda el alcance del concepto "devengado" contenido en la mencionada norma, el cual se encuentra decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha señalado que dicha expresión hace relación a la fecha de causación del derecho del cual se trate, que puede o no corresponder con la fecha de pago, punto frente al cual, se puede consultar la sentencia con radicado 36418 del 5 de agosto de 2009.

Por lo anterior, dijo, debe apuntarse al período o fecha en que se adquirió el derecho, más no al que recibió el respectivo pago el trabajador, por lo que se colige, que la encartada, para liquidar la mesada pensional del accionante, debía ceñirse a todos los factores salariales causados en favor del trabajador durante el último año de laborales, el cual se extendió entre el 1° de mayo de 1991 al 30 de abril de 1992.

Mencionó que se procedió al estudio de cuál fue el salario realmente devengado por el actor en el último año de servicios, teniendo en cuenta que la base de liquidación se obtiene de la sumatoria del promedio de las sumas obtenidas mensualmente derivadas de los

conceptos devengados en el último año de servicio, encontrando que, de las pruebas allegadas al plenario se observa que en el reconocimiento de prestaciones sociales No. 13165 del 14 de junio de 1992 (fl. 14) el salario base de liquidación fue la suma de $263.270 pesos y en la liquidación de tiempo de servicio cesantías definitivas No. 0536 del 8 de mayo de 1992 y la liquidación AG-04 del 18 de junio de 1992, (fls. 15-16) el salario fue de $263.370,80.

Indicó la Jueza de primer grado que, revisado minuciosamente el expediente administrativo aportado por la demandada a folio 56 se aprecia que allí reposa certificado de los salarios devengados en el último año laborado, expedida el 22 de marzo de 2018, documento donde se incluyen todos los factores salariales devengados por el actor durante los últimos 12 meses de servicio, los cuales coinciden con los rubros diligenciados en los documentos denominados Forma P3, que igualmente obran en la hoja de vida del demandante, por lo que se procede a efectuar los cálculos aritméticos correspondientes de los cuales se obtuvo un total anual devengado por el actor, equivalentes a $2.835.246 pesos, con un promedio salarial de $236.270 pesos, anotando que en la liquidación realizada se tuvieron en cuenta todos los factores salariales certificados en la referida liquidación.

Mencionó que en la Resolución 1171 del 05 de julio de 2018, por la cual se reconoció la pensión sanción al accionante, se incluyó como base salarial la suma promedio de $236.270 pesos indexada, que arrojó un nivel de $2.267.324 pesos, a la cual se le aplicó una tasa de reemplazo equivalente al 54.34%, para obtener una mesada pensional de $1.232.164, por lo que estima que la accionada acertó la manera en que se liquidó la pensión de jubilación, pues incluyó todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, máxime cuando confrontado en acto administrativo de reconocimiento pensional con los documentos aportados al expediente no se encontró diferencia alguna en lo que respecta a la alegada base de liquidación.

Expresó que en el presente litigio no existe certeza que la suma de $263.370 correspondiera a lo devengado durante el último año de servicios o por lo menos ello no fue probado por la parte actora, a quien, conforme el artículo 167 del C.G.P., le correspondía demostrar el posible yerro en el que incurrió la demandada al liquidar su mesada pensional para el año 2017.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

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

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar mediante proveído del 27 de octubre de 2020, el cual venció en silencio.

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 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas al trabajador, afiliado o beneficiario, se verificará la sentencia de primer grado.

III. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior, la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si es procedente ordenar la reliquidación de la pensión restringida de jubilación reconocida al demandante, teniendo en cuenta todos los valores devengados durante su último año de servicios y de ser así, determinar si hay lugar al pago de las diferencias pensionales que resulten de la reliquidación.

Pensión restringida de jubilación

Frente al particular, debe anotarse que el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, dispone:

> **Artículo 8°.** El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos ($800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

> Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha de despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.
>
> La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.
>
> En todos los demás aspectos la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación.
>
> **Parágrafo** Lo dispuesto en este artículo se aplicará también a los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados, en los mismos casos allí previstos y con referencia a la respectiva pensión plena de jubilación oficial.

Del ingreso base de liquidación

El ingreso base de liquidación, representa el valor al que se le ha de aplicar la tasa de reemplazo, por corresponder al promedio de las sumas actualizadas sobre las cuales se han hecho los aportes al sistema de pensiones.

Para tal propósito, y en lo que respecta a la pensión restringida de jubilación de que trata la norma antes citada, el ingreso base de liquidación corresponderá al promedio de los salarios devengados por el trabajador en el último año de servicio.

EL CASO CONCRETO

En el asunto bajo estudio no son objeto de discusión los siguientes hechos:

i) Que al demandante le fue reconocida una pensión restringida de jubilación o pensión sanción por parte de la demandada mediante Resolución No. 1171 del 05 de julio de 2018 (fls. 17-24 y 56)
ii) La mentada prestación se reconoció a partir del 06/11/2017 en cuantía mensual de $1.232.164,97.
iii) Que para la liquidación de la pensión se tomó como salario promedio mensual devengado durante el último año de servicios del accionante la suma de $236.270.

Pues bien, atendiendo a los hechos que no son objeto de controversia en el proceso, debe resolver la Sala si el demandante tiene derecho a que se le reliquide la pensión restringida de jubilación teniendo en cuenta todos los valores devengados durante su último año de servicios.

Lo primero por precisar es que el último año de servicios del accionante corresponde del 1° de mayo de 1991 al 30 de abril de 1992, tal y como se desprende de la documental de folios 13 a 24, 33 y 56 del expediente y pretende el actor se tenga en cuenta el monto del salario que se tuvo en cuenta como base para liquidar las cesantías, como salario devengado durante el último año de servicios y sea con dicho valor que se liquide la pensión restringida de jubilación a él reconocida.

Una vez revisada la documental arrimada al plenario, especialmente el expediente administrativo allegado por la demandada en el disco compacto visible a folio 56, se evidencia que a folios 86 y 88 del documento que allí se allegó, se expidió "Certificación de salarios devengados durante el último año laborado" por el señor Castelblanco Vesga Jesús Armando, en donde se especificaron, uno a uno, los conceptos devengados mes a mes desde el 1° de mayo de 1991 al 30 de abril de 1992. En dicho documento, se tuvo como valor total devengado – actualizado - por el accionante durante el mentado periodo de tiempo la suma de $2.835.245,66, valor que al dividirse por 12 meses arroja la suma mensual de $236.270, la cual corresponde al valor que se tuvo como salario devengado por el accionante durante su último año laborado en la Resolución No. 1171 de 2018, que le reconoció la pensión restringida de jubilación.

Ahora bien, frente a las pretensiones de la activa debe mencionarse que no es posible tener como salario devengado por el

actor durante el último año de servicios la suma indicada en los documentos que liquidan las cesantías, y que obran a folios 14 y 56, esto es la suma de $263.370,80, pues en dichas documentales no existe claridad si los factores que se tuvieron en cuenta para dicho cálculo, fueron los correspondientes y devengados del 1° de mayo de 1991 al 30 de abril de 1992, pues en esos documentos sólo se indica el tiempo de servicios prestados por el actor y el salario de liquidación, pero no se especifica si este es del último año de servicios o a qué periodos corresponde y que conceptos abarca, siendo la prueba de tales aspectos de carga del demandante.

Así las cosas, teniendo en cuenta que obra Certificación de salarios devengados durante el último año laborado por el demandante, esto es del 1° de mayo de 1991 al 30 de abril de 1992 en el disco compacto arrimado a folio 56 (fls. 86 y 88), cuyo monto coincide con el de la resolución de reconocimiento de la pensión, debe concluirse que le asistió razón al A Quo al efectuar los cálculos de rigor con dichos emolumentos, pues no podía establecerse una suma diferente al no haberse acreditado tal situación, razón por la cual no queda otra decisión que **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP no se condenará en 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 consultada, conforme lo razonado en la parte motiva de esta 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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.
Magistrada Sustanciadora.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. 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.

TERCERO: RECONOCER personería jurídica al doctor JOHN JAIRO RODRÍGUEZ BERNAL, identificado con C.C. No. 1.070.967.487 y T.P. No. 325.589 del C.S. de la J., como apoderado sustituto de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en la respectiva Escritura Pública No. 00885 del 28 de agosto de 2020.

II. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de la demandada **PORVENIR S.A.**, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de **COLPENSIONES** la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, el 9 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que SANDRA ORIETTA BESADA LOMBANA

CASTRO promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES 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 efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada el 1° de octubre de 1996 a través del fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los dineros recibidos como consecuencia de la afiliación de la actora y a este última a contabilizar las semanas cotizadas para efectos de pensión.

De manera subsidiaria, solicita la declaratoria de ineficacia del traslado antes mencionado.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

PORVENIR S.A. (fls. 109-173) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Expuso que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia o la nulidad del acto jurídico por medio del cual la demandante se trasladó de régimen pensional, pues la decisión por ella tomada se hizo de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas vigentes para la fecha en que este se produjo, ya que antes de adoptar la decisión recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del RAIS, suscribió el formulario de afiliación, el cual cumplía con los requisitos de ley y con ello se concretó el traslado, manifestando en forma expresa que lo hacía de manera libre y voluntaria.

Aduce que al momento en que la demandante tomó la decisión voluntaria de trasladarse de régimen pensional, esa sociedad cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de

información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales no exigían una información en los términos reclamados en la demanda, pues esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con posterioridad, no existiendo, para el momento del traslado de la accionante, la obligación de brindar asesoría, buen consejo, desincentivar la afiliación, ni mucho menos una doble asesoría, como tampoco existía la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales de cada uno de los regímenes pensionales, ni sobre el monto de la pensión que se obtendría y no era obligatorio hacer proyecciones pensionales por escrito, pues ninguna norma así lo exigía.

Menciona que, en este caso, no hay ninguna razón para considerar que la demandante no contara con la capacidad suficiente para dar su consentimiento en el acto de vinculación a Porvenir S.A. por carecer del entendimiento suficiente para comprender las implicaciones de acto jurídico que estaba llevando a cabo.

Expone que el hecho de que esa AFP tuviera algunas responsabilidades profesionales no es excusa para que la demandante, por su cuenta, no haya decidido indagar sobre las implicaciones que tendría el traslado de régimen pensional, máxime cuando todo consumidor financiero debe actuar con mediana diligencia, lo cual suponía, por lo menos, obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando, por lo que el deber de información también le era exigible a la actora.

Indica que, como todo acto jurídico, el traslado de régimen pensional puede adolecer de algunas deficiencias, pero no todas ellas conducen necesariamente a la ineficacia o pérdida de efectos del acto, y en el caso de que la presunta falta de información, como una situación que pudo afectar el consentimiento, solamente podría generar, a lo sumo, una nulidad relativa en los términos del artículo 1741 del Código Civil, que solo da derecho a la recisión del acto o contrato, pero no genera forzosamente la pérdida total de efectos del respectivo acto jurídico.

Expone que la actora, durante su vinculación a esa AFP contó con varias oportunidades para revertir la decisión de cambiar de régimen pensional y, pese a ello, no lo hizo, de lo cual es posible concluir que siempre mantuvo interés en mantenerse vinculada al RAIS.

Concluye mencionando que el actuar de esa AFP siempre ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus actuaciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen, cumpliendo con todas las obligaciones que para ese entonces se encontraban a su cargo por mandato legal y reglamentario.

COLPENSIONES, (fls. 175-186) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica.

Aduce que, en este caso no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y Porvenir S.A. es nulo y/o ineficaz, toda vez que obran medios de prueba suficientes para determinar que el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria y que el asesor de la AFP suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía trasladarse de régimen.

Menciona que, al alegarse por la parte demandante que Porvenir S.A. actúo mediante maniobras engañosas a efectos de realizar el traslado, es a esta parte a quien le corresponde única y exclusivamente desvirtuar la buena fe del fondo de pensiones.

Indica que, en este caso no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que la demandante fue informada por el fondo al que se encuentra afiliada, el cual suministró la información veraz y completa acerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes, por lo que no se evidencia vicio en el consentimiento por error, fuerza o dolo, pues la demandante siempre estuvo consiente de la afiliación que estaba realizando, además, frente al dolo, indica que este no puede presumirse, sino que debe probarse y en el presente asunto no existe prueba idónea y contundente que Porvenir S.A., a través de sus asesores, hubiese actuado de manera dolosa y con la intención de ocasionar un daño.

3. SENTENCIA APELADA

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

*"**PRIMERO:** Declarar la ineficacia del traslado de la señora Sandra Besada Lombana Castro realizado al Régimen de Prima Media al RAIS acaecido el 26 de agosto de 1996 mediante su afiliación a Porvenir.*

***SEGUNDO:** Condenar a Colpensiones a admitir el traslado de régimen pensional de la señora Sandra Besada Lombana Castro.*

***TERCERO:** Condenar a la demandada Porvenir a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación de la señora Sandra Besada Lombana Castro tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto es junto con los rendimientos que se hubieren causado.*

> ***CUARTO:*** *Condenar a Colpensiones a aceptar todos los valores que devuelva Porvenir, que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante efectuando los ajustes en la historia pensional laboral de la actora. (...)"*

En síntesis, indicó que en los términos del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 los afiliados al sistema de seguridad social estaban facultados para escoger el régimen pensional al cual querían pertenecer, dando la posibilidad de modificar dicha selección, primero por el término de 3 años, luego con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003 ese término fue de 5 años y se indicó que después de 1 año de la vigencia de dicha norma, el afiliado no podría cambiarse de régimen cuando le faltare menos de 10 años para pensionarse, prohibición que encuentra una excepción establecida en la sentencia C-189 de 2002, en la que se indicó que esa prohibición no es aplicable a los afiliados que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaran con 15 años de servicio.

Para el caso concreto, indica que se constata que la demandante nació el 19 de noviembre de 1963 y que solicitó el retorno al RPM el 1° de noviembre de 2018, esto es cuando ya se encontraba inmersa en la prohibición antes mencionada, además, que no cumple con el requisito para enmarcase dentro de la excepción prevista por la Corte Constitucional, pues a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 300.57 semanas de cotización, equivalentes a 5 años y 7 meses.

Refiere que la obligación de información fue prevista desde la expedición del Decreto 663 de 1993 y la evolución normativa que se ha generado como con el Decreto 656 de 1994, Ley 1328 de 2009, Decreto 2555 de 2010, Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015 y Ley 795 de 2003, entre otras, norma en las que se advertía sobre el deber de información, especialmente al analizar el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 se habla de una información necesaria para lograr una mayor transparencia en las operaciones que realicen los usuarios, del tal suerte que tengan mejores posibilidades de escoger sus opciones en el mercado y tomar decisiones informadas.

Aduce que, en diversas ocasiones la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre el tema del presente asunto, como en sentencias SL 12316 de 2014, SL 9804 de 2015 y SL 4360 de 2019, entre otras, en las cuales, después de hacer referencia a la obligación que recae en las AFP de suministrar a sus afiliados la información completa y suficiente antes del traslado de régimen, precisa que dicha información debe darse acorde a la situación particular de cada afiliado, por lo que se deben dar a conocer las condiciones de su derecho pensional en uno y otro régimen, las características de cada uno y la incidencia de tales aspectos en la situación pensional particular de cada uno de los afiliados, por lo que para que el

traslado de régimen sea válido debe existir un consentimiento de información precedido de la información idónea, sin que ello sea exclusivo para los beneficiarios del régimen de transición o aquellos que contaran con una expectativa legítima de pensión.

Indica que la Corte Suprema de Justicia, en diversas sentencias ha establecido que la carga de la prueba para demostrar el cumplimiento del deber de información recae en las AFP, no solo por la carga dinámica de la prueba sino porque es justamente es una de las obligaciones consagradas en el Decreto 663 de 1993, siendo lógico que estas entidades al momento de la afiliación suministraran la información requerida para cada caso específico.

Expone que, de las pruebas allegadas al plenario, no existe medio de convicción que demuestre que Porvenir S.A. suministró la información a la demandante, en el preciso momento de su afiliación al RAIS, esto es el 26 de agosto de 1996, pues del interrogatorio de parte rendido por la accionante no se obtuvo confesión respecto de la información requerida al momento de la afiliación y precisa que dicha prueba no es precisamente un escrito o constancia documental de la información, sino cualquier prueba que comprobara ello.

En cuanto a la excepción de prescripción mencionó que esta acción no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto ligado a la construcción de un derecho pensional, el cual aun no se ha causado y por lo tanto resulta imprescriptible.

4. APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Adujo que, en el presente caso el juzgado de primer grado desconoció que no había lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, en la medida que se encuentran acreditados los presupuestos que le dan validez, máxime cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación debidamente suscrito por la demandante, que cumple con todos los presupuestos de ley, especialmente la expresión de la voluntad, documento que tiene unas consecuencias propias acorde con el acto y en tal medida refleja una afiliación consciente y voluntaria, suscrita por una persona capaz conforme el artículo 1503 del Código Civil y en tal medida contaba con el conocimiento o entendimiento suficiente para comprender, además de sus condiciones académicas al ser una persona que presta sus servicios al sistema general de seguridad social.

Expone que, se desconoció, en este caso, que lo que motiva la solicitud de cambio de régimen no es como tal una falta de información o desconocimiento al momento del traslado, sino una motivación netamente económica por las diferencias que existen entre la mesada pensional que puede recibir en el RAIS versus la del RPM.

Solicita se tenga en cuenta que la demandante recibió asesoría en su momento, tal y como lo manifestó en su interrogatorio de parte, y que no cualquier omisión del traslado puede afectar el consentimiento, ya que debe establecerse la incidencia en cada caso particular.

Indica que esa entidad cumplió con el deber de información que estaba vigente para dicha época y correspondía a lo establecido en el Decreto 669 de 1993, sin que pueda imponérsele, en este momento, obligaciones distintas a las que se encontraban vigentes para el momento del traslado de la demandante, esto es brindar la información suficiente a los usuarios, nada más, ya que ha sido la jurisprudencia y la ley las que han venido dando el desarrollo con posterioridad a la afiliación de la demandante, por lo que no puede exigírsele el cumplimiento de normas que no estaban vigentes para la época del traslado de la actora.

Refiere que el juzgado desconoció que en este caso, la demandante también tenía el deber de informarse sobre el acto jurídico del traslado de régimen pensional y sus consecuencias, por lo que imponer en cabeza de Porvenir S.A. toda la responsabilidad del deber de información pasa por alto que la demandante también tenía obligaciones como consumidora financiera y conforme al principio de igualdad también estaba en la obligación de conocer las implicaciones del traslado de régimen.

En cuanto a la ineficacia, indica que no comparte los argumentos expuestos por el juzgado, debido a que no hay ninguna norma que consagre esa consecuencia en el evento que se advierta una ineficiente información al afiliado al momento del traslado de régimen, pues el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no consagra de manera expresa la ineficacia del traslado de régimen, por cuanto la falta al deber de información resulta en una falta de carácter sancionatorio.

En cuanto a los gastos de administración y devolución de las demás sumas, menciona que estas están destinadas a los seguros de invalidez y sobrevivencia, por lo que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración ni a los descuentos que se hayan hecho por primas de seguros de invalidez y sobrevivencia, además de tener en cuenta que esa entidad cumplió con todas las obligaciones derivadas de la administración de los aportes obligatorios de la demandante, los cuales generaron rendimientos tal y como consta en su historia laboral y en tal medida Porvenir S.A. cumplió con la finalidad del encargo que es garantizar la

seguridad y rentabilidad de los recursos, por lo que no puede desconocerse la gestión por este efectuada, además, en lo que respecta a los seguros de invalidez y sobrevivencia debe tenerse en cuenta que estos dineros ya fueron trasladados a las respectivas aseguradoras y con los cuales la demandante siempre tuvo cobertura durante la vigencia de su afiliación, cumpliendo su finalidad, por lo que resulta improcedente la devolución de dichos dineros, adicionalmente, no puede desconocerse que de haber estado la demandante afiliada al RPM un porcentaje de los aportes de su afiliación se hubiesen trasladado para gastos de administración y para las primas y seguros de invalidez y sobrevivencia, conforme el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

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 de 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 reiteraron lo expuesto en la demanda y contestaciones, así como en el recurso interpuesto.

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

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

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no 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.

DE LA 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 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	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los 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 Io que más le

		conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Articulo 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 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".

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 explícita 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. 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. Corno 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.

En cuanto al argumento presentado por Porvenir S.A. en su apelación referente a que la demandante tenía la obligación de asesorarse, si bien ello resulta acertado, esto no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado a la afiliada la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

EL CASO EN CONCRETO:

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 13/10/1995 (fl 27); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 26/08/1996 a través de la A.F.P PORVENIR S.A (fl 154); **iii)** 0que el día 01/11/2018 (fl 45-53) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

A folio 154 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 26 de agosto de 1996 con la AFP Porvenir 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 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 el fondo privado 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*

[1] 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 reequilibro 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 PORVENIR S.A. respecto de la orden de devolución de cuotas o gastos de administración que ordenó efectuar la 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.

Al respecto, 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, por encontrarse ajustada a derecho.

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**,

R E S U E L V E

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
Aclaro Voto!

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER** y **ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **KATERINE LEAL CALDERÓN** promoviese contra **MAXICASSA S.A.S.**

II. ANTECEDENTES

~~1.~~ PRETENSIONES

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende la declaratoria de un contrato de trabajo del 3 de enero de 2007 al 19 de octubre de 2016; que la relación laboral terminó sin justa causa; que la demandante cumplió con los requisitos exigidos por el crédito del auxilio educativo y, por tanto, tiene derecho a su condonación; que los auxilios de alimentación,

rodamiento, y bonificaciones son factor salarial; que durante el último año de servicios su salario fue de $3'745.876; que los aportes a seguridad social y parafiscales deben reliquidarse teniendo en cuenta como salario $3'745.876; que se adeudan las cesantías, intereses a las cesantías, y primas legales de 30 días de servicios; y que se le adeudan las vacaciones de 6,33 días de servicios. Como consecuencia de lo anterior, solicita la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa, el reembolso de $7'125.000 que fue descontado indebidamente, la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, reliquidación de aportes a pensión, indemnización moratoria por la falta de reconocimiento de prestaciones sociales en debida forma y por la falta de pago de aportes a seguridad social, e indexación.

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones narró que: **1)** Entre las partes se celebró un contrato de trabajo a término indefinido el 3 de enero de 2007, para desempeñar el cargo de Jefe de Líneas y/o de Compras; **2)** El empleado recibía un salarió básico de $1'993.000, así como un auxilio de alimentación y un auxilio de rodamiento por valor de $664.000 y $500.000, respectivamente; **3)** Percibió comisiones así: 2015. Noviembre $280.225 y diciembre $500.000; 2016. Enero $503.125, febrero $454.417, marzo $585.750, abril $1'000.000, mayo $843.000, junio $400.000, julio $700.000, agosto $800.000, septiembre $700.000, y octubre $300.000; **4)** El 21 de diciembre de 2012 le fue otorgado por la demandada un auxilio educativo por valor de $7'125.000; **5)** Fue despedida sin justa causa el 19 de octubre de 2016; y **6)** En la liquidación final de prestaciones sociales se descontó el préstamo de educación que le fuera realizado.

3. ACTUACIÓN PROCESAL.

MAXICASSA S.A.S. (fls.64 a 78), se opuso a las pretensiones de la demanda. En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de las cesantías, intereses de las cesantías, prima de servicios, vacaciones, cobro de lo no debido, cobro de lo no debido por concepto de aportes al sistema de seguridad social, inexistencia de la

obligación, temeridad y mala fe, buena fe, pago de la obligación, y la innominada.

Aceptó la existencia de un contrato a término indefinido que inició en la modalidad de término fijo, el 03 de enero de 2007; que el último cargo desempeñado fue el de Jefe de Compras; que la demandante percibía los auxilios de alimentación y de rodamiento, así como comisiones; que le fue reconocido un auxilio educativo el 21 de diciembre de 2012, por la suma de $7'125.000; que la demandante realizó estudios de especialización en Gerencia Logística en la Universidad Sergio Arboleda; de que la trabajadora fue despedida sin justa causa el 19 de octubre de 2016; y que descontó lo que pagó por préstamo educativo.

Indicó que los pagos extralegales reconocidos a favor de la trabajadora tienen cláusula de exclusión salarial de conformidad con el artículo 128 del C.S.T.; que no constituyen salario los ingresos ocasionales que recibe el trabajador, ni los rubros que se perciben por mera liberalidad; y que sería irónico y reñiría con el espíritu de la ley, que un empleador que otorga por mera liberalidad un auxilio adicional al establecido en la ley y que no retribuye el servicio, se viera sancionado por un actuar que siempre estuvo encaminado a conceder más beneficios extralegales por propia voluntad de sus empleados.

Expuso que la empresa expidió la política de bienestar social, que estableció en el programa denominado Educación para Empleados la posibilidad de recibir auxilios educativos, y que en caso de retiro de la empresa, se podía descontar el valor prestado en la liquidación final de prestaciones sociales en caso de no cumplir con el tiempo acordado para retribuir a la empresa, que es de tres años después de terminados los estudios; que la demandante no informó a la empresa el momento a partir del cual terminó su posgrado.

Finalmente, explicó que para imponer la sanción moratoria se debe evidenciar la mala fe del empleador, no obstante su actuar se encuentra enmarcado en el artículo 128 del C.S.T; y que efectuó el pago de los derechos legales establecidos en la legislación laboral en favor de la actora,

entregando por mera liberalidad algunos beneficios de carácter extralegal que hacían más beneficiosa la condición laboral de la actora.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 16 de octubre 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

PRIMERO. - DECLARAR que entre la actora y la demandada existió una relación laboral vigente entre el 03 de enero de 2007 y el 19 de octubre de 2016, en virtud del cual desempeñó como último cargo el de Jefe de Líneas con último salario promedio de $3'502.311.

SEGUNDO. – CONDENAR a la demandada a pagar a favor de la aquí demandante las siguientes sumas y conceptos debidamente indexados a la fecha de su pago:

A. $687.784, reliquidación auxilio de cesantías
B. $66.257, reliquidación intereses a las cesantías
C. $248.653, reliquidación prima de servicios
D. $417.791, reliquidación de vacaciones
E. $6'255.055, reliquidación de indemnización por despido sin justa causa

TERCERO. – CONDENAR a la demandada a pagar a la administradora de pensiones a la que se encuentre afiliada la aquí demandante, las diferencias resultantes en los aportes a pensión a partir del mes de junio de 2016 y hasta la fecha de terminación de la relación laboral, teniéndose en cuenta como salario la suma de $3'502.311.

CUARTO. – ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones impetradas en su contra por la demandante.

QUINTO. - DECLARAR probadas las excepciones de mérito denominadas buena fe y parcialmente la de cobro de lo no debido y no probadas las demás, especialmente la de prescripción.

SEXTO. - CONDENAR en costas a la demandada. Liquídense por secretaria incluyendo en ellas la suma de $500.000, valor en que se estiman las agencias en derecho y de conformidad con los argumentos normativos esbozados en la parte motiva de esta sentencia.

ADICIÓN. En el sentido de indicar en el numeral cuarto que se absuelve a Maxicassa S.A.S. de las demás pretensiones incoadas por la parte demandante y que se adiciona teniendo en cuenta los numerales 6 y 8 de las pretensiones.

ACLARACIÓN. Respecto a las agencias en derecho asciende a la suma de $400.000

En síntesis, el A Quo refirió que no existe controversia en cuanto a la existencia de una relación laboral entre las partes, pero sí frente a su modalidad; y que de los documentos obrantes en el plenario es dable deprecar que el contrato de trabajo inició como contrato a término fijo a tres meses, pero que, por acuerdo entre las partes, se convirtió en indefinido a partir del 3 de abril de 2007.

Adujo en relación con el salario, que se encuentra acreditado lo que devengaba la actora mes a mes, incluyendo comisiones; y que si bien los valores descritos en la demanda no son coincidentes con los de los comprobantes de nómina, estos se zanjan al aparecer en algunos de ellos, el pago por concepto de reajuste de comisiones, de lo que es dable deprecar que se tuvo en cuenta como salario.

Indicó que el auxilio de alimentación no puede ser considerado como salario, en la medida que se excluyó su carácter salarial de conformidad con lo establecido en el artículo 128 del C.S.T.; que tal rubro se pagaba a fin de facilitar la alimentación de la trabajadora y de su familia; y que por lo anterior, el pago no nació fruto de una contraprestación del servicio.

Adujo frente al auxilio de rodamiento que era carga de la pasiva acreditar que no constituía factor de salario de conformidad con el artículo 128 del C.S.T.; que si bien obra documental en la que aparecen tres pactos de desalarización, estos no tienen relación alguna con el pago que se le efectuó a la accionante denominado auxilio de rodamiento; y que por lo anterior, se tendrá como último salario promedio la suma de $3'502.311, al percibirse por auxilio de rodamiento promedio la suma de $500.000.

Expresó que teniendo en consideración el salario de $3'502.311, es dable acceder a la reliquidación de la liquidación final de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, aportes a seguridad social, pues se tuvo como base un salario de $2'645.556.

Expuso que el empleador siempre estuvo atento a pagar los valores correspondientes por concepto de liquidación de prestaciones sociales, sin que se evidencie una intención de abstenerse de cumplir con sus obligaciones, por lo que resulta que su actuar estuvo revestido de buena fe.

Manifestó que se allegó política para fomentar la educación de sus trabajadores; que a la accionante se le hizo un préstamo de conformidad con tal política; que para la condonación del auxilio educativo era necesario acreditar tres requisitos: que el beneficiario tenga la carrera para la cual solicitó el auxilio, que el promedio de sus calificaciones se encuentre entre 3.5 y 5.0, y que cumpla con un mínimo de tres años de labor en la empresa después de terminar sus estudios; y que no se cumplieron los anteriores requisitos, como quiera que la actora no ejecutó más de tres años de labor, contados a partir de la fecha en que terminó sus estudios, lo que acaeció en abril de 2014.

En último término, adujo que al no existir un medio de actualización monetaria, se deben reconocer las condenas debidamente indexadas.

5. APELACIÓN

PARTE ACTORA.

Dijo que el auxilio de alimentación es salario, pues el artículo 53 de la C.N. establece la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales y la primacía de la realidad sobre las formas; que la Corte Constitucional en sentencia C-710 de 1996 determinó que es salario todo lo que recibe el trabajador como contraprestación directa de sus servicios, por lo que era deber del juez mirar la realidad de lo que sucedió entre las partes.

Agregó que Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que todo pago que reciba el trabajador como contraprestación del servicio, sin importar su denominación, es salario, a menos que sea un pago ocasional que se reconoce por mera liberalidad; que en el caso, está demostrado que el auxilio de alimentación se pagaba habitualmente, tan es así que se reconoció de manera proporcional en la liquidación de prestaciones sociales por los 19 días laborados en el último mes de prestación del servicio; que en el interrogatorio de parte, la representante legal aceptó que tanto el auxilio de alimentación como el de rodamiento dependían del servicio que la accionante realizaba para la empresa; y que por ello se debe reliquidar las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, e indemnización por despido sin justa causa, además de agregar al salario el concepto de auxilio de alimentación.

Señaló que se debe reconocer la indemnización moratoria, dado que cuando no hay el pago de prestaciones sociales se debe presumir la mala fe; que quien debe demostrar la buena fe es la parte demandada, según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y lo dicho por la doctrina; y que durante toda la relación laboral la accionada disfrazó el salario de la actora, por lo que no se puede premiar a la empresa demandada estableciendo su buena fe al pagar las prestaciones sociales y salarios.

Indicó que se debe pagar la indemnización moratoria por no pago de aportes a pensión, pues el entendimiento que ha dado la Corte Suprema de Justicia al parágrafo del artículo 65 del C.S.T. es que el objeto de tutela de la norma es el pago de ciertas obligaciones laborales que dada su naturaleza requieren una protección reforzada; y que por lo anterior, debe condenarse a la sanción moratoria por el no pago de la seguridad social al no tenerse en cuenta la totalidad del salario.

Mencionó sobre los descuentos realizados a la trabajadora por concepto de préstamo auxilio educativo, que está acreditada la graduación de la demandante y que obtuvo un promedio de notas entre 3.5 y 5.0; que si bien el requisito de un mínimo de tres años de trabajo a la empresa con posterioridad a la graduación no se encuentra demostrado, habría que

definir cómo se terminó la relación laboral, ya que la demandante no renunció, hubo un despido sin justa causa, por lo que la relación laboral finalizó abruptamente.

Concluyó expresando que la liquidación frente a las prestaciones sociales, vacaciones, e indemnización por despido sin justa causa debió tener en consideración que del 1 de enero al 19 de octubre de 2009 (sic) transcurrieron 319 días; y que las costas deben ser impuestas sobre el 3 y el 7.5% de la cuantía resultante de la condena.

6. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 18 de enero de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la apoderada de la parte demandada para ratificar su posición.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., 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.

7. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** a resolver se circunscriben a determinar si el auxilio de alimentación percibido por la trabajadora es o no salario, si hay lugar a efectuar los descuentos realizados por el empleador por concepto de auxilio educativo, si para la liquidación de las acreencias laborales objeto de condena se deben tener en cuenta 319 días para el último año de labor, y si es dable reconocer indemnización moratoria por la falta de pago de forma completa de prestaciones sociales, y aportes a seguridad social.

Factores constitutivos de salario.

El artículo 127 del C.S.T. establece que constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, y comisiones. La referida norma establece:

> **"ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES.** <Artículo modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones".

Por su parte, el artículo 128 del C.S.T. señala que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Al punto, la citada norma señala:

> **"ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS.** <Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador},

> cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad".

Ahora bien, la H. Corte Constitucional en sentencia C-710 de 1996 declaró exequible el artículo 128 del C.S.T., advirtiendo que el juez puede una vez analice las circunstancias del caso, concluir que determinadas sumas de dinero que percibe el trabajador a pesar de estar excluidas como factor salarial son en realidad salario por **el carácter retributivo de la labor prestada**:

> "Así las cosas, debe entenderse que el artículo 128 se limita a establecer que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente, y por mera liberalidad recibe el trabajador, y a señalar algunos ejemplos de esos conceptos. Definición que no desconoce norma alguna de la Constitución, ni impide que se pueda reclamar ante el juez competente, el reconocimiento salarial de una suma o prestación excluída como tal, cuando, por sus características, ella tiene por objeto retribuir el servicio prestado. Por tanto, la norma, así entendida, es constitucional.
>
> El artículo 128, como norma de carácter general, no es contraria a la Constitución. En caso de que los regímenes salariales a que hacen referencia los actores, desconozcan esta norma, y, por ende, se cree una desigualdad, lo lógico es demandar esos regímenes y, no el artículo que se acaba de analizar, pues él, como se ha explicado, se limita enunciativamente a determinar que sumas no son salario. Sin que ello implique que, en casos concretos, el juez, una vez analizadas las circunstancias que rodean el caso puesto a su consideración, concluya que determinadas sumas de dinero que recibe el trabajador, a pesar de estar excluídas como factor salarial lo son, en razón al carácter retributivo de la labor prestada".

En igual sentido, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha dicho que para todos los efectos, el estipendio económico que sea retributivo del servicio tiene incidencia prestacional; sentencias del 10 de julio de 2006, Rad. 27325; 03 de julio de 2013, Rad. 40509; 09 de julio de 2014, Rad. 43696; 02 de agosto de 2017, Rad. 44416; SL-865-2019; y SL4866-2020, entre otras; en la última sentencia citada dijo:

"En sentencia CSJ SL403-2013, sobre este tipo de acuerdos, la Sala explicó:

«Al margen de que el cargo fue enfocado por la vía indirecta, no está demás reiterar en esta oportunidad, la posición que, de vieja data, viene sosteniendo la jurisprudencia laboral frente a la definición de salario conforme a los artículos 127 y 128 del CST. Conviene traerla a colación en razón a que todavía persisten, por parte de algunos empleadores, prácticas laborales consistentes en que, so pretexto de la facultad otorgada por el citado artículo 128 modificado por el 15 de la Ley 50 de 1990, celebran pactos salariales con los trabajadores con el propósito de restarle el carácter salarial a pagos que por esencia lo son, no obstante que son ineficaces, como sucedió en el sublite.»

Y más recientemente, en sentencia CSJ SL1798-2018, sostuvo:

«[E]s necesario subrayar que la facultad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no permite despojar de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa directa es el servicio prestado, pues como lo ha sostenido esta Corporación, «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ 39475, 13 jun. 2012).

Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas

(...) De manera que si emerge la duda sobre los pagos que hacen parte del pacto de exclusión salarial, como se explicó en la sentencia CSJ SL1798-2018, tal situación se resuelve en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos, el estipendio económico es retributivo del servicio, y por lo tanto, con incidencia prestacional".

Por otra parte, y en relación con la **carga de la prueba** la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha establecido:

"el empleador [...] tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias" (CSJ SL12220-2017, CSJ SL1437-2018, CSJ SL5159-2018).

Del mismo modo, en sentencia SL4866-2020 indicó que:

"al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual, y a éste, con el fin de no quedar compelido a asumir los efectos jurídicos que le son propios a un estipendio de esta naturaleza, deberá demostrar que los pagos estaban dirigidos a otro propósito, menos la retribución directa del servicio.//De ahí, que para la Sala, el solo dicho del empleador sin prueba alguna que acredite sus manifestaciones, carecen del mérito suficiente para descartar la naturaleza salarial del estipendio económico entregado de manera habitual y constante en la cuenta de ahorros del trabajador, en igualdad de condiciones al pago efectuado del salario básico".

DEL CASO EN CONCRETO

De lo probado en el proceso:

i) Katerine Leal Calderón celebró contrato de trabajo a término fijo inferior a un año con Ceramigres S.A.S. para desempeñar el cargo de Documentador ISO, a partir del 3 de enero de 2007 (fls. 7 y 8), el cual mutó la modalidad a indefinido desde el 03 de abril de 2007 (fl.91).

ii) El 3 de enero de 2007 se firmó cláusula adicional al contrato de trabajo en la que se establecía que la accionante percibiría un auxilio o bono extralegal no constitutivo de salario por valor de $150.000 (fl.94).

iii) El 1 de julio de 2011 entre la actora y Ceramigres S.A. se celebró cláusula adicional No. 1, en la que se estableció un pago extralegal mensual por concepto de bono extralegal mensual como no constitutivo de salario por valor de $830.000 (fl. 90).

iv) En la empresa demandada existe una política para fomentar el estudio de sus trabajadores a través del reconocimiento de un auxilio educativo.

v) Que previa solicitud de la actora el 4 de diciembre de 2012; a la misma le fue reconocido el auxilio educativo el 21 de diciembre de 2012 (fls. 9 a 11, 82 y 83).

vi) La actora tuvo un promedio de notas en la especialización de Gerencia Logística que realizó en la Universidad Sergio Arboleda que osciló entre 4,09 y 4.67 (fls. 37 y 38).

vii) El 1 de enero de 2013 entre la actora y Ceramigres S.A. se celebró cláusula adicional No. 2, en la que se estableció un pago extralegal mensual por concepto de auxilio para alimentación como no constitutivo de salario, por valor de $862.000.

viii) La fecha del grado de la especialización cursada por la demandante lo fue el día 24 de abril de 2014 (fl.39).

ix) La sociedad Maxicassa S.A.S. absorbió mediante fusión a la sociedad Ceramigres S.A.S. el 14 de diciembre de 2015 (fls. 40 a 43).

x) A la actora se le pagó auxilio de alimentación en la primera quincena de cada mes desde noviembre de 2015 hasta octubre de 2016 (fls. 14 a 36).

xi) A la accionante le fue terminado su contrato de trabajo el 19 de octubre de 2016, sin justa causa (fl.13).

Pues bien, del análisis de las pruebas recaudadas, y concretamente frente al punto de apelación de la activa, se advierte que obra desde el mes de noviembre de 2015 constancia de que a la accionante se le pagaba mensualmente **un auxilio extralegal de alimentación** en la suma de $622.000 (año 2015) y que se aumentó a $664.000 para la vigencia 2016 (fls. 14 a 36), por lo que es dable establecer su habitualidad y constancia, correspondiéndole al empleador demostrar que no era retributivo del servicio.

A folio 89 se encuentra documento contentivo de la cláusula adicional No. 2 al contrato de trabajo de fecha 1 de enero de 2013, suscrito entre las partes, en el que se dispone que -dependiendo de las utilidades de la

empresa- procederá el reconocimiento de un auxilio para alimentación por valor de $862.000, señalándose expresamente que su valor podía ser modificado o eliminado (fl.89). Igualmente, en el parágrafo tercero se señaló:

> "Las partes dejan expresa constancia que estos pagos se utilizarán para facilitar el buen desempeño de sus funciones como un incentivo o aporte adicional para la alimentación, habitación y vestuario del trabajador y de su familia y por ende, no constituyen salario".

De esta manera, es claro que el auxilio denominado de alimentación era un incentivo para la alimentación, habitación y vestuario de la trabajadora, no se desprende de prueba alguna, que el empleador lo pagara como retribución del servicio, o por lo menos en tal sentido, el acervo probatorio no permite extraer que fuera así.

En efecto, del análisis integral y conjunto de los diversos medios de prueba no se logra desprender que la accionante percibiera el auxilio de alimentación como contraprestación del servicio, por el contrario, no comparecieron testigos que dieran cuenta si en la realidad tales pagos no tenían como fin retribuir la alimentación, habitación y vestuario de la trabajadora. Asimismo, del interrogatorio de parte de la representante legal de la demandada, Faizuli León Bermúdez no se puede extraer confesión, pues su versión giró en torno a que el auxilio de alimentación no se pagaba como consecuencia del trabajo, y que la actora no podía disponer de tal auxilio libremente, pues debía darle el uso adecuado para el cual se le estaba reconociendo.

En ese orden de ideas, se considera acertada la decisión del A Quo en el sentido de establecer que el auxilio de alimentación no constituía contraprestación del servicio y, por ende, salario, por lo que se confirmará tal absolución.

De los descuentos efectuados por el empleador.

La normativa sustantiva laboral establece que las deducciones del salario por parte del empleador únicamente se pueden efectuar cuando existe una orden o autorización suscrita por el trabajador, siempre que no

afecte el salario mínimo legal o convencional o la parte del salario declarada inembargable por ley. Sobre el tópico el artículo 149 del C.S.T. establece:

> **"Artículo 149. Descuentos prohibidos**
>
> 1. El empleador no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial. Quedan especialmente comprendidos en esta prohibición los descuentos o compensaciones por concepto de uso o arrendamiento de locales, herramientas o útiles de trabajo; deudas del trabajador para con el empleador, sus socios, sus parientes o sus representantes; indemnización por daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos elaborados o pérdidas o averías de elementos de trabajo; entrega de mercancías, provisión de alimentos y precio de alojamiento.
>
> 2. Tampoco se puede efectuar la retención o deducción sin mandamiento judicial, aunque exista orden escrita del trabajador, cuando quiera que se afecte el salario mínimo legal o convencional o la parte del salario declarada inembargable por la ley.
>
> 3. Los empleadores quedarán obligados a efectuar oportunamente los descuentos autorizados por sus trabajadores que se ajusten a la ley. El empleador que incumpla lo anterior, será responsable de los perjuicios que dicho incumplimiento le ocasione al trabajador o al beneficiario del descuento".

Ahora bien, frente al entendimiento de tal normatividad la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 13 febrero de 2013, Rad. 39980, expuso que las deducciones realizadas luego de terminada la relación laboral no requieren autorización escrita de descuento, pues la prohibición de descuentos sin autorización tiene carácter protector plenamente justificado durante la vigencia del contrato de trabajo, es decir, cuando está en pleno vigor la dependencia y subordinación del trabajador en relación con el empleador; pero para el momento de terminación del contrato la subordinación desaparece, como también fenece el carácter de garantía que los salarios y prestaciones sociales ofrecían para

los créditos dados por el empleado. Recientemente en sentencias SL868-2020 y SL735-2021, dijo:

> "A fin de precisar el criterio jurídico que ha adoctrinado esta Sala sobre el correcto alcance de los artículos 59 y 149 del Código Sustantivo del Trabajo, esta Corporación memora que ya se han emitido diferentes pronunciamientos dejando claro que, aunque la legislación laboral propende por la protección de los derechos de los subordinados a fin de que no se presenten descuentos arbitrarios por parte de sus empleadores, ello no quiere decir que se esté exonerando a los trabajadores de cumplir sus obligaciones y deberes contraídos legítimamente con su contratante, porque sería tanto como obstaculizar la ayuda que los empresarios pueden prestarle a sus trabajadores a través de préstamos, lo que va en contravía de la pretensión del legislador.
>
> Además, ésta Corte igualmente señaló que los descuentos no autorizados por el asalariado no son legales mientras se encuentre vigente la relación laboral, pero una vez ésta termine, no tiene la misma connotación, porque también desparece la garantía para el crédito otorgado por el empleador, que lo es el salario y las prestaciones sociales. En consecuencia, los contratantes vuelven «al plano de la autonomía de la voluntad o de la libertad contractual»".

En el *sub examine* observa la Sala que el 4 de diciembre de 2012, la actora solicitó a la empresa demandada un auxilio educativo por valor de $7'125.00 para realizar una Especialización en Gerencia Logística en la Universidad Sergio Arboleda (fls. 82 y 83); el cual le fue concedido, aceptando acogerse a la política de fomento de educación de los trabajadores de la empresa, en la que se dispone como requisitos para su condonación lo siguiente:

> "**La condonación parcial o total del Auxilio Educativo solo se realizará con la autorización explicita del Comité Laboral con el visto bueno de la Gerencia General de la Empresa respectiva**, tiene como requisito que el empleado beneficiario del Auxilio Educativo retribuya a la empresa con sus conocimientos y habilidades desarrolladas en el ámbito académico en un tiempo establecido en la Política de Bienestar de acuerdo con la modalidad de estudio.

Si por alguna circunstancia el empleado beneficiario del Auxilio Educativo se retira de la empresa antes del tiempo estipulado, deberá pagar a la empresa el valor total **del préstamo** que le fue otorgado para el pago de su matrícula, puesto que no cumplió con los requisitos. De igual manera podrá proceder la empresa si el empleador beneficiario se retira de estudiar.

REQUISITOS PARA EL AUXILIO EDUCATIVO

(...) Estudiar una carrera técnica, tecnológica o profesional o en su defecto validar el bachillerato. **Para educación superior es requisito que la carrera sea a fin con el cargo que desempeña y que tenga aplicabilidad en la compañía.**

- (...) Debe demostrar **un promedio de notas mínimo de 3.5 sobre 5.0** o su equivalente:

- (...) Posgrado o Especialización:

Entre 3.5 y 5.0 se otorgará un auxilio educativo del 50%.

De acuerdo con el promedio de calificaciones obtenidas al finalizar el postgrado o especialización, de las cuales **debe entregar al Departamento de Gestión Humana con el fin de otorgar o formalizar el auxilio educativo.**

(...) El empleado beneficiario del Auxilio Educativo se compromete **retribuir a la Empresa con la prestación de sus servicios después de terminada la carrera o modalidad de estudio realizada, así**:

- (...) Posgrado o especialización: **Mínimo tres (3) años**" (Subrayado y negrillas por la Sala)

Pues bien, la Sala observa que para la condonación del auxilio educativo era necesario acreditar tres requisitos: i) Que el estudio sea afín con el cargo que se desempeña en la compañía; ii) Acreditar un promedio académico entre 3.5 y 5.0; y iii) Retribuir a la empresa con la prestación de los servicios después de terminado el estudio de realizado mínimo tres años.

Al punto, se encuentran acreditados los primeros requisitos, pues la actora para la época del préstamo desempeñaba el cargo de Jefe de Cadena de Abastecimiento (fl.81) y realizó estudios en Gerencia Logística (fl.39), así como presentó un promedio académico superior a 3.5 (fls.37 y 38); empero le asiste razón al A Quo en cuanto a que la accionante no retribuyó a la empresa el estudio realizado con la prestación de sus servicios durante tres años luego de terminar su posgrado, ya que se graduó el 24 de abril de 2014 (fl.39), y su relación laboral finiquitó el 19 de octubre de 2016 (fl.13).

Ahora, en cuanto a los argumentos de la parte actora en su apelación relativos a que el contrato de trabajo fue finalizado unilateralmente por el empleador y sin justa causa, y que fue por ello no se logró cumplir con los requisitos para que se condonara el préstamo por auxilio educativo, debe decirse que la Sala no comparte dichos argumentos , **en primer lugar**, por cuanto la aprobación del auxilio, o mejor, la condonación total o parcial del mismo, nunca estuvo supeditada a una modalidad concreta de terminación del vínculo; de hecho tal como se transcribió en líneas anteriores de esta decisión la política de la empresa de manera expresa señaló que "***si por alguna circunstancia*** *el empleado beneficiario del Auxilio Educativo se retira de la empresa antes del tiempo estipulado deberá pagar a la empresa el valor total* ***del préstamo*** *que le fue otorgado para el pago de su matrícula, puesto que no cumplió con los requisitos*", redacción esta que permite una amplia interpretación en lo relativo a las circunstancias en las que el trabajador se vería obligado a pagar el préstamo, lo que lleva a concluir que, independientemente de las razones que hayan motivado la terminación del vínculo, -entiéndase por motivo de renuncia, o por despido con o sin justa causa- si el trabajador deja de prestar el servicio antes de cumplirse la condición pactada debe reembolsar el valor total del préstamo; **en segundo lugar**, de la lectura del documento contentivo del acuerdo se desprende que la condonación total o parcial del denominado auxilio educativo, en todo caso estaba supeditado a la autorización explícita del Comité Laboral con el visto bueno de la Gerencia General de la Empresa, lo que de suyo trae que, mientras no se efectuara una condonación total o parcial, los dineros desembolsados en favor de la demandante tenían la connotación de crédito o préstamo por ende sujeto a ser cobrado; finalmente, **en tercer lugar,** debe señalarse que en el momento en el que a la demandante ex trabajadora se

le puso de presente la política de la empresa demandada de fomentar la educación, señaló: *"he leído y aceptado el otorgamiento del auxilio educativo. Acepto la política y me acojo a ella"*. Por tanto, fue su voluntad adherirse a las condicionesseñaladas en los términos que la política de fomento a la educación expresamente estipuló; de manera que al finalizar la relación laboral sin que se acreditaran tres años de labor con posterioridad al grado de su Especialización en Gerencia Logística, la empresa demandada quedaba en libertad de efectuar el cobro de los correspondientes valores, como en efecto lo hizo al momento de liquidar las prestaciones sociales de la accionante, pues desde tal momento ambas partes se encontraban en el plano de la autonomía de la voluntad o de la libertad contractual; dicho de otra manera, no habría lugar a tener en cuenta aspectos subjetivos como serían las razones del finiquito contractual para efectos de dar lugar al cumplimiento de la aludida cláusula por parte del empleador.

Conforme a lo anterior, la absolución por concepto de reembolso por valores descontados indebidamente es acertada, por lo que se CONFIRMARÁ.

De la indemnización moratoria por el pago incompleto de prestaciones sociales y aportes a la Seguridad Social.

La indemnización moratoria es una sanción que se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador. Asimismo, el parágrafo 1° del artículo 65 del C.S.T. establece una sanción moratoria por la falta de pago de aportes a seguridad social, puesto que el propósito de la norma, además de velar por el cumplimiento oportuno e íntegro de la obligación patronal de la cotización, (SL8216-2016), es el de propender por la sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Al respecto, el inciso 1° y el parágrafo 1° del artículo 65 del C.S.T. establece:

> "**Artículo 65. INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO.** <Texto original del inciso 1o. del Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente para los trabajadores que devenguen un (1) salario mínimo mensual vigente o menos:>

1. Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo

   (...) **PARÁGRAFO 1o.** Para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador le deberá informar por escrito al trabajador, a la última dirección registrada, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen. Si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efecto. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora."

Al respecto, la máxima corporación de la justicia ordinaria en su especialidad laboral aclaró en las sentencias **SL16884-2016 y SL3071-2018,** que no se puede excluir de manera automática la aplicación de la indemnización moratoria, pues se deben analizar las circunstancias particulares de cada caso; recuérdese que, la indemnización moratoria no opera automática ni inexorablemente, por el contrario, pende de la valoración que el juzgador realice sobre la conducta del empleador renuente, ello fundamentado en el hecho de que no existen reglas absolutas cuando se determina la buena o la mala fe.

De esta manera, se precisa que cuando se habla de este tipo de sanciones, se configura una excepción a la presunción general de buena fe, en la que es el empleador quien debe acreditarla (sentencias como la del 3 de julio de 2013, **Rad. 40509 y la SL1005-2021**).

En el plenario, encontramos que el Juez de Primera Instancia ordenó la reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones e indemnización por despido sin justa causa, teniendo en cuenta como salario la suma de

$3'502.311, dado que estimó que el auxilio de rodamiento reconocido a favor de la accionante era constitutivo de salario.

Sobre tal tópico, la prueba que obra en el acervo probatorio, da cuenta que mes a mes el empleador pagaba a la demandante un auxilio extralegal de *rodamiento* y que el empleador no logró acreditar que el motivo o la causa de la habitualidad de tal reconocimiento económico fuera no retributivo de salario al no encontrar constancia del pacto de desalarización de dicho rubro. Sin embargo, considera la Sala que la empresa demandada tenía el convencimiento de que los pagos extralegales que reconocía no eran constitutivos de salario, amparándose para ello en el artículo 128 del C.S.T.

Efectivamente, entre las partes se suscribieron tres cláusulas en las que establecía que el auxilio de alimentación, y el auxilio o bono extralegal, no eran constitutivos de salario por así disponerlo el artículo 128 del C.S.T. (fls. 89 y 90). Igualmente, en las cláusulas adicionales al contrato de trabajo se señaló que las partes dejaban expresa constancia que estos pagos se utilizaban para facilitar el buen desempeño de sus funciones, pues "se entiende que ellos no son para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio", por lo que pese a no encontrarse prueba atinente a que el auxilio de rodamiento no era retributivo del servicio, de los demás pagos efectuados a favor de la demandante es dable desprender que la empresa obró de buena fe al actuar con la convicción que los pagos distintos al salario que reconocía eran para facilitar las funciones de la trabajadora, razones por las cuales se CONFIRMARÁ en el punto la sentencia apelada.

Costas y agencias en derecho.

El artículo 365 del CGP establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que al resultar la sentencia de primera instancia contraria a los intereses de la MAXICASSA S.A.S., es tal entidad la llamada a asumir tal carga, tal y como lo dispuso el A Quo.

Ahora bien, sostiene el impugnante que las costas deben ser impuestas sobre el 3% y el 7.5% de la condena. Al respecto, entiende la Sala que el apoderado se refiere a la tasación que sobre las agencias en derecho realizó el juzgado de primera instancia, no obstante, la Sala se abstendrá de hacer pronunciamiento sobre el tópico, puesto que conforme al primer inciso del artículo 366 del CGP, tal temática es del resorte del juzgado que haya conocido en primera o única instancia; en cualquier caso, no es la oportunidad procesal para definir este aspecto, pues aún no estamos frente al auto que aprueba costas respecto de las agencias en derecho, providencia que es apelable conforme al numeral 11 del artículo 65 del C.P.T y de la S.S, y el inciso 5° del artículo 366 del C.G.P.

Por lo brevemente expuesto, se confirmará la sentencia.

8. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

9. 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 de origen y fecha conocidos, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de $500.000 a cargo de la parte actora.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Alejandra María Henao Palacio

Magistrada Sustanciadora.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A.J CORREA STEER, a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte actora a la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de marzo de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que la **E.P.S SANITAS S.A** promoviese contra la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- ADRES-.**

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS.

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende el reconocimiento y pago de la suma de **$63'913.215.oo** como consecuencia

de daño derivado del rechazo infundado de 195 recobros. Igualmente, solicita gastos administrativos, daño emergente, lucro cesante, intereses moratorios e indexación.

Como fundamento de las pretensiones la activa argumenta, en síntesis, la prestación de servicios, medicamentos, insumos y procedimientos que no están incluidos en el Plan Obligatorio en Salud, que fueron ordenados por sentencias de tutela y por parte del Comité Técnico Científico, así como en la glosa que fue impuesta por la demandada sobre las 195 facturas presentadas.

2. ACTUACIÓN PROCESAL.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

La **ADRES (fls. 61 a 71),** se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó culpa exclusiva de la E.P.S. recobrante, inexistencia de la obligación, y prescripción.

Expuso, en síntesis, que en el sistema de seguridad social en salud, le corresponde al Estado llevar a cabo labores de dirección, coordinación y control, garantizando la protección en el destino de los recursos, por lo que se tiene una estricta regulación en materia de recobros, siendo imperativo que para hacer el respectivo pago se esté frente a prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio en Salud, en adelante P.O.S.

Señaló que, la Entidad Promotora de Salud, (en adelante E.P.S) demandante no cumple con el lleno de los requisitos para que se pueda llevar a cabo el pago, pues ya se encuentra reconocido por U.P.C (Unidad de Pago por Capitación) o fue presentando extemporáneamente.

Indicó que, el P.O.S incluye todo insumo médico quirúrgico o dispositivo biomédico necesario para ejecutar efectiva y adecuadamente las actividades, procedimientos e intervenciones descritos en el manual del POS bajo el principio de calidad su componente integridad del servicio o prestación; y que según la Corte Constitucional en los casos en los que un

tratamiento o actividad se encuentra incluido en el P.O.S hay que entender también lo están, los implementos y demás servicios de salud necesarios para su realización.

Finalmente dijo que, la presentación de un recobro ante el FOSYGA no da un derecho, únicamente una mera expectativa, toda vez que para su pago se deben cumplir unos determinados requisitos que exige la normatividad legal.

3. PROVIDENCIA RECURRIDA.

El *A quo* dictó sentencia absolutoria.

En síntesis, refirió que, dentro del sistema de salud, además del principio de necesidad, existe el de integralidad, que implica la cobertura de medicamentos o procedimientos afines con el servicio que goza de cobertura.

Frente al caso particular, indicó, que los pacientes a quienes se prestaron los servicios de salud que se recobran padecen de cáncer de mama, no obstante, la Resolución 5521 de 2013 establece unas excepciones frente a la cobertura de las E.P.S., excluyendo específicamente los usos exclusivos sobre un determinado tratamiento; y que los medicamentos o procedimientos que fueron brindados por la E.P.S., no se encuentran dentro de los denominados usos exclusivos, motivo por el que son objeto de reconocimiento por unidad de pago por capitación con cargo al POS.

4. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE.

PARTE ACTORA.

Adujo que, los servicios que se reclaman no están incluidos en el P.O.S. afirmó que haciendo un estudio de la Resolución 5521 de 2013, se encuentra que se extiende a elementos que no están incluidos en ella, más aún si se tiene en cuenta que hay un parámetro que establece exclusión, y que ninguna autoridad judicial está llamada a desconocerla.

Agregó que, frente al medicamento hay una nota aclaratoria que dice *"cubierto para uso en mujeres menopaúsicas con cáncer de mama, metastásico hormonal positivo"*, lo que implica que, no está cubierto para todas las mujeres con dicha patología sino para aquellas que tengan la situación descrita, pues no es lo mismo un cáncer *in situ* a uno metastásico.

5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

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

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

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., 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:

¿Los servicios prestados por la E.P.S demandante hacen parte del P.O.S? y de ser negativa la respuesta: ¿hay lugar al pago de los servicios prestados por la E.P.S., a cargo de la demandada?

Recobros por servicios NO POS

El recobro en salud es una solicitud presentada por una entidad denominada recobrante a fin de obtener el pago de cuentas ya reconocidas

y pagadas por concepto de servicios o tecnologías, cuyo suministro es garantizado a afiliados al régimen contributivo o subsidiado del sistema general de seguridad social en salud. En ese orden de ideas, el recobro es una respuesta del sistema de seguridad social en salud tendiente a que todos los habitantes del territorio nacional gocen de una protección integral en salud, pues permite que éstos accedan a determinados servicios o tecnologías que no están contempladas en el POS hoy Plan de Beneficios en Salud (PBS). En relación con el papel de sistema de seguridad social en salud el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, establece que:

> "El sistema general de seguridad social en salud crea las condiciones de acceso a un plan obligatorio de salud para todos habitantes del territorio nacional (...); este plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan".

En igual sentido, la H. Corte Constitucional en sentencia T- 418 de 2013 expuso 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.

Así mismo, dijo la H. Corte Constitucional en sentencia T-224 de 2020 que, la fuente de financiación de los servicios o tecnologías que sea necesario reconocer a un paciente no puede convertirse en un obstáculo para que éste acceda a ellos. En tal sentido, las E.P.S. e I.P.S. deben garantizar el acceso a los servicios y tecnologías requeridos con independencia de sus reglas de financiación, de manera que, una vez suministrados, están autorizadas a

efectuar los cobros y recobros que procedan de acuerdo con la reglamentación vigente.

Es así como el P.O.S. constituye una serie de parámetros o premisas que debían atender las EPS de forma obligatoria para la atención en servicio de salud de los afiliados y que para el caso que nos ocupa, se encuentran previstos en la Resolución 5521 de 2013, teniendo en cuenta la fecha en que se prestaron los servicios de salud que son objeto de este proceso.

Por su parte, el literal f) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, establece que la financiación de las EPS para atender a sus afiliados según los parámetros del P.O.S., se da a través de la unidad de pago por capitación o U.P.C., o en su defecto, si los procedimientos practicados a los usuarios no se encuentran incluidos en el P.O.S., deben ser pagados por el Ministerio de Salud hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES como administrador del Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA-, y cuyo procedimiento se debe hacer conforme a las disposiciones de la Resolución 5395 de 2013.

De acuerdo con lo dispuesto en la citadas Resoluciones, es procedente el recobro de los medicamentos no incluidos en el P.O.S., en dos eventos, cuando se trata de un procedimiento practicado en virtud de una orden judicial en un fallo de tutela y cuando el procedimiento requerido por el paciente haya sido autorizado por el Comité Técnico Científico o CTC, conforme al procedimiento y limitantes que allí se establecen para tal aprobación.

En igual sentido, la H. Corte Constitucional en sentencia T-313 de 2014 con fundamento en la sentencia la T-760 de 2008 señaló que en caso de duda acerca de la exclusión o no de un servicio de salud del P.O.S., debe aplicarse la interpretación que resulte más favorable a la protección de los derechos de la persona, de conformidad con el principio *pro homine*; que la interpretación de las exclusiones debe ser restrictiva a la vez que la interpretación de las inclusiones debe ser amplia; y que una interpretación expansiva de las exclusiones es incompatible con el principio *pro homine*.

Ahora bien, la parte actora elevó cuentas de cobro al Ministerio demandado hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES, mediante 195 facturas por un valor de $63'913.215. Al respecto, se realiza la tabla 1 con fundamento en la anterior información y el resumen establecido en el cuadro Excel visible en el medio óptico de folio 111:

Tabla 1.

N °	N ° radicado Fosyga (MYT01/02)	Clasificación del servicio entregado	Valor de recobro	Fecha de prestación del servicio	Fecha de Radicación	Causal de la glosa
1	102834316	ARIMIDEX	$344.220	-	16/05/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
2	101844478	ARIMIDEX	$321.272	25/07/2013	14/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
3	101844694	ARIMIDEX	$344.220	04/10/2013	14/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
4	101844707	ARIMIDEX	$344.220	25/10/2013	14/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
5	101845229	ARIMIDEX	$344.220	11/12/2013	14/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
6	101845434	ARIMIDEX	$321.272	13/09/2013	14/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
7	101972578	ARIMIDEX	$321.272	02/01/2014	14/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
8	101980626	ARIMIDEX	$321.272	14/01/2014	14/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
9	101985135	ARIMIDEX	$160.636	04/10/2013	14/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
10	101987125	ARIMIDEX	$183.584	04/10/2013	14/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
11	101956951	ARIMIDEX	$320.958	-	15/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
12	101957566	ARIMIDEX	$344.220	11/12/2013	14/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
13	102174883	ARIMIDEX	$321.272	-	15/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
14	102386545	ARIMIDEX	$321.272	10/01/2014	14/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
15	102391680	ARIMIDEX	$318.872	06/02/2014	14/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
16	102441837	ARIMIDEX	$319.320	-	15/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
17	102610351	ARIMIDEX	$344.220		15/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
18	102787346	ARIMIDEX	$344.220	06/12/2013	15/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
	102787346	ARIMIDEX			15/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
19	103149103	ARIMIDEX	$160.636		16/06/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
20	103149383	ARIMIDEX	$341.820		16/06/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
21	103154651	ARIMIDEX	$341.820		16/06/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
22	103159014	ARIMIDEX	$183.584		16/06/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
23	103165536	ARIMIDEX	$344.220		16/06/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
24	103159694	ARIMIDEX	$321.272		16/06/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación

25	103300088	ARIMIDEX	$344.220	22/10/2013	12/06/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
26	103300304	ARIMIDEX	$344.220		16/06/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
27	105141505	ARIMIDEX	$296.372	28/04/2014	15/09/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
28	103437502	ARIMIDEX	$344.220	07/11/2013	16/06/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
29	103437847	ARIMIDEX	$344.220	06/12/2013	16/06/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
30	103448053	ARIMIDEX	$344.220	14/05/2014	16/06/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
31	104208914	ARIMIDEX	$344.220		16/05/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
32	104211345	ARIMIDEX	$344.220		13/08/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
33	104211348	ARIMIDEX	$344.220		13/08/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
34	106420267	ARIMIDEX	$344.220	27/03/2014	13/08/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
35	106420304	ARIMIDEX	$344.220	03/04/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
36	106420338	ARIMIDEX	$321.272	30/04/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
37	106420412	ARIMIDEX	$321.272	06/02/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
38	106420503	ARIMIDEX	$344.220	24/04/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
39	106420511	ARIMIDEX	$344.220	30/04/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
40	106420544	ARIMIDEX	$344.220	14/05/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
41	106420555	ARIMIDEX	$344.220	17/03/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
42	106420564	ARIMIDEX	$344.220	11/02/2014	18/11/2014	El usuario se encuentra reportado en Régimen de Excepción
43	106420725	ARIMIDEX	$321.272	30/05/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
44	106420759	ARIMIDEX	$344.220	19/03/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
45	106415735	ARIMIDEX	$344.220	15/02/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
46	106421029	ARIMIDEX	$344.220	22/05/2014	19/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
47	104468917	ARIMIDEX	$321.272	05/02/2014	14/08/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
48	104469577	ARIMIDEX	$344.220	01/04/2014	14/08/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
49	105142117	ARIMIDEX	$321.272	28/04/2014	15/09/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
50	104476426	ARIMIDEX	$321.272	15/05/2014	14/08/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
51	104479278	ARIMIDEX	$319.320	10/07/2014	14/08/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
52	104498911	ARIMIDEX	$344.220	14/05/2014	14/08/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
53	104502276	ARIMIDEX	$321.272	09/06/2014	14/08/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
54	104502473	ARIMIDEX	$344.220	16/01/2014	14/08/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
55	106421196	ARIMIDEX	$319.320	14/07/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
56	106421197	ARIMIDEX	$344.220	13/03/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
57	104504285	ARIMIDEX	$321.272	18/06/2014	14/08/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
58	104505780	ARIMIDEX	$321.272	06/02/2014	14/08/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
59	104912006	ARIMIDEX	$344.220		12/09/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
60	106421216	ARIMIDEX	$341.820	07/07/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
61	106421225	ARIMIDEX	$344.220	27/03/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
62	106421226	ARIMIDEX	$319.320	02/07/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
63	106421249	ARIMIDEX	$344.220	17/03/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
64	106421252	ARIMIDEX	$344.220	11/02/2014	18/11/2014	El usuario se encuentra reportado en Régimen de Excepción

65	106421255	ARIMIDEX	$344.220	24/04/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
66	106421278	ARIMIDEX	$344.220	30/04/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
67	106421287	ARIMIDEX	$344.220	14/05/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
68	106415830	ARIMIDEX	$344.220	22/05/2014	19/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
69	106415834	ARIMIDEX	$344.220	19/03/2014	19/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
70	106415908	ARIMIDEX	$318.872	29/07/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
71	106415909	ARIMIDEX	$321.272	30/05/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
72	105084623	ARIMIDEX	$344.220		15/09/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
	105084623	ARIMIDEX			15/09/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
73	105084677	ARIMIDEX	$344.220		15/09/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
	105084677	ARIMIDEX			15/09/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
74	105085143	ARIMIDEX	$321.272	05/02/2014	15/09/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
75	105087532	ARIMIDEX	$319.072		15/09/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
76	105101051	ARIMIDEX	$344.220		15/09/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
77	105104016	ARIMIDEX	$344.220		15/09/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
	105104016	ARIMIDEX			15/09/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
78	105104017	ARIMIDEX	$344.220		15/09/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
79	105104542	ARIMIDEX	$321.272	09/06/2014	15/09/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
80	105107977	ARIMIDEX	$296.372	05/08/2014	15/09/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
81	105450084	ARIMIDEX	$344.220		15/10/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
82	105455032	ARIMIDEX	$344.220		16/10/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
83	105444103	ARIMIDEX	$321.272		15/10/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
84	105581076	ARIMIDEX	$344.220		15/10/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
85	105581403	ARIMIDEX	$319.320		16/10/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
86	105581970	ARIMIDEX	$321.272		16/10/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
87	105582331	ARIMIDEX	$319.320		15/10/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
88	105741882	ARIMIDEX	$318.872	25/08/2014	16/10/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
89	105586923	ARIMIDEX	$321.272		16/10/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
90	105587477	ARIMIDEX	$344.220		16/10/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
91	105590352	ARIMIDEX	$319.320		15/10/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
92	105743162	ARIMIDEX	$311.772	03/09/2014	16/10/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
93	105594730	ARIMIDEX	$344.220	14/08/2014	16/10/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
94	105596607	ARIMIDEX	$344.220	07/04/2014	15/10/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
95	105749548	ARIMIDEX	$344.220	14/07/2014	16/10/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
96	105749845	ARIMIDEX	$344.220	04/08/2014	16/10/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
97	105750706	ARIMIDEX	$321.272	05/08/2014	16/10/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
98	105750710	ARIMIDEX	$321.272	09/06/2014	16/10/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
99	105750744	ARIMIDEX	$321.272	15/05/2014	16/10/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación

100	105750800	ARIMIDEX	$318.872	09/09/2014	16/10/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
101	106051753	ARIMIDEX	$318.872	11/04/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
102	106073760	ARIMIDEX	$321.272	29/07/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
103	106051831	ARIMIDEX	$321.272	05/02/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
104	106053453	ARIMIDEX	$344.220	11/08/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
105	106056645	ARIMIDEX	$334.720	11/09/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
106	106057573	ARIMIDEX	$321.272	25/08/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
107	106398781	ARIMIDEX	$344.220		18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
108	106399199	ARIMIDEX	$344.220		18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
109	106394773	ARIMIDEX	$335.120	19/09/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
110	106402988	ARIMIDEX	$344.220		18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
111	106404016	ARIMIDEX	$344.220		19/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
112	106421498	ARIMIDEX	$344.220		18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
113	106423933	ARIMIDEX	$344.220		18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
114	106427270	ARIMIDEX	$344.220		18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
115	106424894	ARIMIDEX	$321.272		18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
116	106425000	ARIMIDEX	$321.272		18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
117	106425044	ARIMIDEX	$321.272		18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
118	106409319	ARIMIDEX	$344.220	23/04/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
119	103267749	ARIMIDEX	$324.255	19/12/2013	12/06/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
120	105804176	ARIMIDEX	$321.272	-	16/10/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
121	100940071	ARIMIDEX	$318.458	-	19/02/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
122	101954830	ARIMIDEX	$344.220	-	15/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
123	101954847	ARIMIDEX	$334.720	-	15/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
124	101954950	ARIMIDEX	$318.558	-	15/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
125	102059390	ARIMIDEX	$181.386	-	15/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
126	102059758	ARIMIDEX	$344.220	-	15/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
127	102060494	ARIMIDEX	$158.124	-	15/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
128	100802186	ARIMIDEX	$344.220	21/10/2013	18/02/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
129	100803352	ARIMIDEX	$344.220	09/08/2013	17/02/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
130	100803572	ARIMIDEX	$321.272		17/02/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
131	100803689	ARIMIDEX	$344.220	28/08/2013	17/02/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
132	100803842	ARIMIDEX	$321.272	15/10/2013	17/02/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
133	100804080	ARIMIDEX	$320.958	16/12/2013	17/02/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
134	100805857	ARIMIDEX	$321.272	26/08/2013	17/02/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
135	100806126	ARIMIDEX	$344.220	22/10/2013	17/02/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
136	100806279	ARIMIDEX	$344.220	01/10/2013	17/02/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
137	101844448	ARIMIDEX	$321.272	18/11/2013	14/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación

138	101844538	ARIMIDEX	$344.220	14/08/2013	14/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
139	101844673	ARIMIDEX	$321.272	14/08/2013	14/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
140	101844722	ARIMIDEX	$344.220	04/09/2013	14/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
141	101844921	ARIMIDEX	$321.272	08/04/2013	14/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
142	101846368	ARIMIDEX	$344.220		15/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
143	101956954	ARIMIDEX	$341.920		15/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
144	105850830	ARIMIDEX	$344.220	16/12/2013	16/10/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
145	105696992	ARIMIDEX	$321.272	01/11/2013	16/10/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
146	102170655	ARIMIDEX	$344.220	30/10/2013	15/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
	102170655	ARIMIDEX			15/04/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
147	106795591	ARIMIDEX	$344.220	04/09/2013	15/12/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
148	102783488	ARIMIDEX	$344.220	30/10/2013	15/05/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
149	102795017	ARIMIDEX	$321.272	01/11/2013	15/05/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
150	103148363	ARIMIDEX	$320.320	17/10/2013	12/06/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
151	103148368	ARIMIDEX	$334.720	03/04/2014	12/06/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
152	103154671	ARIMIDEX	$344.220	03/10/2012	16/06/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
153	103488625	ARIMIDEX	$319.320	11/04/2014	16/06/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
154	103488748	ARIMIDEX	$320.320	30/10/2013	16/06/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
155	103442709	ARIMIDEX	$344.220	01/11/2013	16/06/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
156	105141830	ARIMIDEX	$344.220	02/05/2014	15/09/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
157	104211380	ARIMIDEX	$319.320	06/12/2013	13/08/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
158	104221176	ARIMIDEX	$344.220	20/05/2014	13/08/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
159	106420819	ARIMIDEX	$321.272	30/04/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
160	106415747	ARIMIDEX	$344.220	05/03/2014	19/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
161	106421037	ARIMIDEX	$344.220	03/02/2014	19/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
162	105142169	ARIMIDEX	$344.220	02/05/2014	15/09/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
163	106421188	ARIMIDEX	$344.220	10/06/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
164	104912647	ARIMIDEX	$344.220	23/04/2014	12/09/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
165	106421282	ARIMIDEX	$320.958	26/05/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
166	106415833	ARIMIDEX	$344.220	01/04/2014	19/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
167	106415907	ARIMIDEX	$321.272	30/04/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
168	106415919	ARIMIDEX	$319.320	24/07/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
169	105100485	ARIMIDEX	$22.948	07/07/2014	15/09/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
170	105103704	ARIMIDEX	$344.220	02/05/2014	15/09/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
	105103704	ARIMIDEX			15/09/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
171	105103822	ARIMIDEX	$344.220	10/06/2014	15/09/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
	105103822	ARIMIDEX			15/09/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
172	105448326	ARIMIDEX	$344.220	23/04/2014	15/10/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
173	106796966	ARIMIDEX	$344.220	22/05/2014	15/12/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
174	106255334	ARIMIDEX	$344.220	01/04/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación

175	105579106	ARIMIDEX	$344.220	05/05/2014	15/10/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
176	105584465	ARIMIDEX	$344.220		15/10/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
177	105586007	ARIMIDEX	$320.958		16/10/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
178	105594866	ARIMIDEX	$344.220	02/05/2014	15/10/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
179	105749349	ARIMIDEX	$344.220	10/06/2014	16/10/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
180	105745269	ARIMIDEX	$344.220	07/07/2014	16/10/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
181	106670186	ARIMIDEX	$344.220	23/04/2014	12/12/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
182	106670494	ARIMIDEX	$344.220	30/06/2014	12/12/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
183	106670621	ARIMIDEX	$344.220	10/07/2014	12/12/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
184	106049981	ARIMIDEX	$344.220	05/05/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
185	106055360	ARIMIDEX	$344.220	24/07/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
186	106398044	ARIMIDEX	$341.820	30/09/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
187	106400526	ARIMIDEX	$320.958	06/08/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
188	106404195	ARIMIDEX	$344.220	02/05/2014	19/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
189	106421633	ARIMIDEX	$344.220		18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
190	106423090	ARIMIDEX	$321.272	03/09/2014	18/11/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
191	106706847	ARIMIDEX	$344.220	20/05/2014	15/12/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
192	106712821	ARIMIDEX	$344.220	30/09/2014	15/12/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
193	106707662	ARIMIDEX	$344.220	05/11/2014	12/12/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
194	106975014	ARIMIDEX	$344.220	11/10/2014	15/12/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
195	106972046	ARIMIDEX	$344.220	05/11/2014	15/12/2014	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación

Conforme a lo anterior, es claro que la controversia que se suscitó entre las partes tuvo origen, concretamente, en el suministro a algunos usuarios del sistema de seguridad social en salud del medicamento denominado **ARIMIDEX,** que a juicio de la parte demandada está incluido en el P.O.S; por lo que, en este primer aspecto es necesario resaltar que la glosa no tuvo origen en la falta de los requisitos que prevén los artículos 11 a 19 de la Resolución 5395 de 2013, de manera que, lo que le corresponde a la autoridad judicial es determinar si los servicios que se recobran, son de aquellos que ya habían sido reconocidos mediante la U.P.C. por tratarse de servicios P.O.S., o si en su defecto se encontraban excluidos de los servicios referidos.

Sobre el tópico, el Juez de Primera Instancia consideró que el medicamento **ARIMIDEX** (o **ANASTROZOL**) es un medicamento P.O.S, al estar incluido en la Resolución 5521 de 2013, en lo que ciertamente le asiste razón, puesto que allí aparece referenciado en todas sus concentraciones y forma farmacéutica; no obstante, tiene la siguiente aclaración "*cubierto para*

uso en mujeres posmenopáusicas con cáncer de mama metastásico. Receptor hormonal positivo".

Al respecto, el artículo 6 de la Resolución 5521 de 2013 señala que, el Plan Obligatorio de Salud se describe en las Categorías de la Clasificación Única de Procedimientos en Salud -CUPS-, según corresponda, y se consideran cubiertas todas las subcategorías (procedimientos) que conforman cada una de las categorías descritas en el presente acto administrativo (Anexo 02), "salvo aquellas en las cuales se presenten notas aclaratorias de cobertura de la categoría". En igual sentido, el parágrafo del artículo 41 *ejusdem*, establece que, los medicamentos descritos en el Anexo 01 que hace parte integral del acto administrativo, están cubiertos en el Plan Obligatorio de Salud, cualquiera que sea el origen, la forma de fabricación o el mecanismo de producción del principio activo, "salvo especificaciones descritas en el mismo anexo".

En ese orden de ideas, entiende la Sala que existe una exclusión en el P.O.S consistente en que el medicamento anastrozol únicamente está cubierto para el uso en mujeres posmenopáusicas con cáncer de mama metastásico, siendo en tal sentido carga de la parte actora acreditar que se estaba frente a pacientes inmersos en tal escenario para que se pudiera llevar a cabo el correspondiente recobro, recuérdese que el artículo 23 del Decreto 4747 de 2007 establece que el pago a cargo de las entidades responsables del pago de servicios de salud con la presentación de la factura con todos sus soportes, los que se pueden observar de los artículos 12 a 16 de la Resolución 5395 de 2013.

Así las cosas, la Sala se remitirá a la documental de los cuadernos 1 a 4, así como al medio óptico de folio 111, para verificar si la patología que origino el recobro es NO POS y si se cumplen los requisitos del artículo 15 del Decreto 5395 de 2013 que reza:

> "**Artículo 15.** Documentos específicos exigidos para /a presentación de solicitudes de recobro originadas en fallos de tute/a. Cuando se trate de recobros originados en fallos de tutela, además de los requisitos de que

tratan los artículos 12 y 13 de la presente resolución, las entidades recobrantes, deberán allegar:

1. Copia completa y legible del fallo de tutela, con el nombre de la autoridad judicial y el nombre o identificación del afiliado.

2. Evidencia de la entrega de la tecnología No POS, así:

2.1 Cuando la tecnología NO POS ordenada sea de tipo ambulatorio: firma o número de identificación del paciente, su representante, responsable, acudiente o de quien recibe la tecnología, como constancia de recibido en la factura de venta o documento equivalente, fórmula médica, orden médica, certificación del prestador o formato diseñado para tal efecto por las entidades recobrantes.

2.2. Cuando la tecnología NO POS ordenada se haya proporcionado en atención inicial de urgencias: Copia del informe de atención inicial de urgencias.

2.3. Cuando la tecnología NO POS ordenada se haya proporcionado en atención de urgencias con observación, servicios de internación y/o cirugía hospitalaria o ambulatoria: Copia del resumen de atención, de la epicrisis o de la historia clínica.

3. Copia de la orden y/o fórmula médica, elaborada por el médico tratante con su firma y el número del registro médico. La fórmula médica deberá ajustarse a lo dispuesto en los artículos 16 y 17 del Decreto 2200 de 2005 y las normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan.

4. Cuando la tecnología en salud NO POS a recobrar se trate de un medicamento que tenga un comparador administrativo, éste debe identificarse en el formato que para tal efecto establezca la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, de acuerdo con el listado de comparadores administrativos que adopte la misma Dirección, indicando el nombre en su denominación común internacional o principio(s) activo(s) individual(es) o combinado(s), código de clasificación anatómico terapéutico químico -ATC, concentración, forma farmacéutica, número de días/tratamiento, número de dosis/día, cantidad equivalente y diagnóstico

con la Codificación Internacional de Enfermedades - CIE 10, de manera coherente y equivalente con la tecnología en salud recobrada.

5. Cuando la orden del fallo de tutela no sea expresa para identificar la tecnología en salud NO POS autorizada, la entidad recobrante deberá presentar la justificación de la necesidad médica de la tecnología en salud no incluida en el Plan de Beneficios -POS, que corresponderá, siempre y en cualquier caso a la condición clínico patológica del paciente e incluirá el objetivo, esto es: prevención, diagnóstico, tratamiento y/o rehabilitación. En caso de prestación sucesiva indicar la frecuencia de uso, cantidad autorizada y tiempo total autorizado. La justificación médica deberá presentarse debidamente firmada por un médico de la entidad recobrante, con su respectivo número de registro médico, en el formato que para tal fin establezca la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social o quien haga sus veces.

Parágrafo 1. Para solicitudes de recobro originadas en un mismo fallo de tutela, se relacionará el número único de radicación del recobro en el cual se anexó la copia del fallo.

Parágrafo 2. Las solicitudes de recobros que se presenten al FOSYGA a partir del 1 de mayo de 2014 y que tengan como origen fallos de tutela que no sean expresos en cuanto a la tecnología en salud ordenada, deberán presentar el formato de la justificación de la necesidad médica, que para el efecto adopte la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social".

Dicho lo anterior, procede la Sala a verificar los recobros, encontrando las situaciones que no permiten el reconocimiento de los siguientes 56 recobros:

- El recobro **105804176.**, (fls.293 a 297 del cuaderno 2) no contiene documento o sello alguno del que se pueda extraer que el medicamento fue entregado al paciente, requisito para que haya lugar a él, según el numeral 3 del artículo 14 de la Resolución 5395 de 2013.

- Los recobros con radicados **100940071;** (fls 413 a 418 del cuaderno 1) **101954830;** (fls. 419 a 422 del cuaderno 1) **101954847;** (fls. 423 a 427 del cuaderno 1) **101954950** (fls. 428 a 433 del cuaderno 1); **102059390 (fls. 434 a 438 del cuaderno 1); 102059758** (fls. 439 a 433 del cuaderno 1); **102060494** (fls. 440 a 449 del cuaderno 1); y **102834316** (fls 8 a 14 del cuaderno 3), no tienen anexos las correspondientes sentencias de tutela, lo que es requisito necesario para que se pueda efectuar el reconocimiento del recobro de conformidad con el artículo 15 de la Resolución 5395 de 2013, que señala dentro de los documentos específicos exigidos para la presentación de solicitudes de recobro originadas en fallos de tutela, el correspondiente fallo de forma completa y legible.

- Los recobros con radicados **101956951; 102174883; y 101956954,** están a nombre de otras E.P.S, como lo son, Compensar EPS y Nueva EPS. (los anteriores recobros están en el medio óptico de folio 111).

- Los recobros con radicados **103149103; 106421498; 106423933; 106427270; 106424894; 106425000; 106425044; 100803572; 105584465; 105586007 y 10642163**, no se acompañaron a los Cuadernos 1 a 4, así como tampoco fueron incorporados en el medio óptico de folio 111, no se evidencia que hagan parte del acervo probatorio documental, por ende, no es posible en tales condiciones efectuar su reconocimiento.

- Los recobros con radicados **102441837; 102610351; 103149383; 103154651; 103159014; 103165536; 103159694; 103300304; 104208914; 104211345; 104211348; 104912006; 105084623; 105084677;**
- **105087532; 105101051; 105104016; 105104017; 105450084; 105455032; 105444103; 105581076; 105581403; 105581970; 105582331; 105586923; 105587477; 105590352; 106398781; 106399199; 106402988; 106404016; y 101846368**, no contienen la

respectiva acta del Comité Técnico Científico, anexo que se torna en requisito indispensable para que se efectue el reconocimiento de tales recobros; lo dicho, de conformidad con el artículo 15 de la Resolución 5395 de 2013. (los anteriores recobros se encuentran en el medio óptico de folio 111).

Ahora bien, los siguientes radicados se reconocerán, por las razones que se explicarán luego de su enunciación:

N °	N ° radicado Fosyga (MYT01/02)	Clasificación del servicio entregado	Valor de recobro	Folios
1	101844478	ARIMIDEX	$ 321.272,00	fl. 111 (medio óptico)
2	101844694	ARIMIDEX	$ 344.220,00	fl. 111 (medio óptico)
3	101844707	ARIMIDEX	$ 344.220,00	fl. 111 (medio óptico)
4	101845229	ARIMIDEX	$ 344.220,00	fl. 111 (medio óptico)
5	101845434	ARIMIDEX	$ 321.272,00	fl. 111 (medio óptico)
6	101972578	ARIMIDEX	$ 321.272,00	fl. 111 (medio óptico)
7	101980626	ARIMIDEX	$ 321.272,00	fl. 111 (medio óptico)
8	101985135	ARIMIDEX	$ 160.636,00	fl. 111 (medio óptico)
9	101987125	ARIMIDEX	$ 183.584,00	fl. 111 (medio óptico)
10	101957566	ARIMIDEX	$ 340.220,00	fl. 111 (medio óptico)
11	102386545	ARIMIDEX	$ 321.272,00	fls. 456 a 461 Cuaderno 1
12	102391680	ARIMIDEX	$ 318.872,00	fls. 462 a 468 Cuaderno 1
13	102787346	ARIMIDEX	$ 344.220,00	fls. 469 a 474 Cuaderno 1
14	103300088	ARIMIDEX	$ 344.220,00	fls. 22 a 27 Cuaderno 2
15	105141505	ARIMIDEX	$ 296.372,00	fls. 146 a 153 Cuaderno 2
16	103437502	ARIMIDEX	$ 344.220,00	fls. 28 a 33 Cuaderno 2
17	103437847	ARIMIDEX	$ 344.220,00	fls. 34 a 39 Cuaderno 2
18	103448053	ARIMIDEX	$ 344.220,00	fls. 47 a 54 Cuaderno 2
19	106420267	ARIMIDEX	$ 344.220,00	fls. 113 a 118 Cuaderno 3
20	106420304	ARIMIDEX	$ 344.220,00	fls. 119 a 125 Cuaderno 3
21	106420338	ARIMIDEX	$ 321.272,00	fls. 126 a 129 Cuaderno 3
22	106420412	ARIMIDEX	$ 321.272,00	fls. 130 a 135 Cuaderno 3
23	106420503	ARIMIDEX	$ 344.220,00	fls. 136 a 141 Cuaderno 3
24	106420511	ARIMIDEX	$ 344.220,00	fls. 142 a 147 Cuaderno 3
25	106420544	ARIMIDEX	$ 344.220,00	fls. 148 a 154 Cuaderno 3
26	106420555	ARIMIDEX	$ 344.220,00	fls. 155 a 160 Cuaderno 3
27	106420564	ARIMIDEX	$ 344.220,00	fls. 161 a 166 Cuaderno 3
28	106420725	ARIMIDEX	$ 321.272,00	fls. 167 a 173 Cuaderno 3
29	106420759	ARIMIDEX	$ 344.220,00	fls. 174 a 179 Cuaderno 3
30	106415735	ARIMIDEX	$ 344.220,00	fls.34 a 44 Cuaderno 2
31	106421029	ARIMIDEX	$ 344.220,00	fls. 187 a 194 Cuaderno 3
32	104468917	ARIMIDEX	$ 321.272,00	fls. 69 a 75 Cuaderno 3
33	104469577	ARIMIDEX	$ 344.220,00	fls. 76 a 81 Cuaderno 2

34	105142117	ARIMIDEX	$	321.272,00	fls. 161 a 169 Cuaderno 2
35	104476426	ARIMIDEX	$	321.272,00	fls.82 a 88 Cuaderno 2
36	104479278	ARIMIDEX	$	319.320,00	fls. 89 a 96 Cuaderno 2
37	104498911	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 97 a 104 Cuaderno 2
38	104502276	ARIMIDEX	$	321.272,00	fls. 105 a 111 Cuaderno 2
39	104502473	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 112 a 117 Cuaderno 2
40	106421196	ARIMIDEX	$	319.320,00	fls. 208 a 215 Cuaderno 3
41	106421197	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 216 a 221 Cuaderno 3
42	104504285	ARIMIDEX	$	321.272,00	fls. 118 a 124 Cuaderno 2
43	104505780	ARIMIDEX	$	321.272,00	fls. 125 a 130 Cuaderno 2
44	106421216	ARIMIDEX	$	341.820,00	fls. 222 a 230 Cuaderno 3
45	106421225	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 231 a 237 Cuaderno 3
46	106421226	ARIMIDEX	$	319.320,00	fls. 238 a 246 Cuaderno 3
47	106421249	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 247 a 253 Cuaderno 3
48	106421252	ARIMIDEX	$	344.320,00	fls. 254 a 260 Cuaderno 3
49	106421255	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 261 a 267 Cuaderno 3
50	106421278	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 268 a 274 Cuaderno 3
51	106421287	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 284 a 291 Cuaderno 3
52	106415830	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 55 a 64 Cuaderno 3
53	106415834	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 73 a 81 Cuaderno 3
54	106415908	ARIMIDEX	$	318.872,00	fls. 89 a 96 Cuaderno 3
55	106415909	ARIMIDEX	$	321.272,00	fls. 97 a 103 Cuaderno 3
56	105085143	ARIMIDEX	$	321.272,00	fl. 111 (medio óptico)
57	105104542	ARIMIDEX	$	321.272,00	fls. 131 a 137 Cuaderno 2
58	105107977	ARIMIDEX	$	293.372,00	fls. 138 a 145 Cuaderno 2
59	105741882	ARIMIDEX	$	318.872,00	fls, 209 a 217 Cuaderno 2
60	105743162	ARIMIDEX	$	311.772,00	fls. 218 a 226 Cuaderno 2
61	105594730	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 185 a 192 Cuaderno 2
62	105596607	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 202 a 208 Cuaderno 2
63	105749548	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 243 a 250 Cuaderno 2
64	105749845	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 251 a 259 Cuaderno 2
65	105750706	ARIMIDEX	$	321.272,00	fls. 260 a 267 Cuaderno 2
66	105750710	ARIMIDEX	$	321.272,00	fls. 268 a 275 Cuaderno 2
67	105750744	ARIMIDEX	$	321.272,00	fls. 276 a 283 Cuaderno 2
68	105750800	ARIMIDEX	$	318.872,00	fls. 284 a 292 Cuaderno 3
69	106051753	ARIMIDEX	$	318.872,00	fl. 111 (medio óptico)
70	106073760	ARIMIDEX	$	321.272,00	fls. 309 a 312 Cuaderno 2 y 1 a 8 del Cuaderno 3
71	106051831	ARIMIDEX	$	321.272,00	fl. 111 (medio óptico)
72	106053453	ARIMIDEX	$	344.220,00	fl. 111 (medio óptico)
73	106056645	ARIMIDEX	$	334.720,00	fl. 111 (medio óptico)
74	106057573	ARIMIDEX	$	321.272,00	fl. 111 (medio óptico)
75	106394773	ARIMIDEX	$	335.120,00	fls. 17 a 25 Cuaderno 3
76	106409319	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 26 a 33 Cuaderno 3
77	103267749	ARIMIDEX	$	324.255,00	fls. 15 a 21 Cuaderno 2
78	100802186	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 371 a 375 Cuaderno 1
79	100803352	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 376 a 370 Cuaderno 1

80	100803689	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 381 a 385 Cuaderno 1
81	100803842	ARIMIDEX	$	321.272,00	fls. 386 a 391 Cuaderno 1
82	100804080	ARIMIDEX	$	320.958,00	fls.392 a 397 Cuaderno 1
83	100805857	ARIMIDEX	$	321.272,00	fls. 398 a 402 Cuaderno 1
84	100806126	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 403 a 407 Cuaderno 1
85	100806279	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 408 a 412 Cuaderno 1
86	101844448	ARIMIDEX	$	321.272,00	fl. 111 (medio óptico)
87	101844538	ARIMIDEX	$	344.220,00	fl. 111 (medio óptico)
88	101844673	ARIMIDEX	$	321.272,00	fl. 111 (medio óptico)
89	101844722	ARIMIDEX	$	344.220,00	fl. 111 (medio óptico)
90	101844921	ARIMIDEX	$	321.272,00	fl. 111 (medio óptico)
91	105850830	ARIMIDEX	$	344.220,00	fl. 111 (medio óptico)
92	105696992	ARIMIDEX	$	321.272,00	fl. 111 (medio óptico)
93	102170655	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 450 a 455 Cuaderno 1
94	106795591	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 29 a 35 Cuaderno 4
95	102783488	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 475 a 480 Cuaderno 1
96	102795017	ARIMIDEX	$	321.272,00	fls.2 a 7 Cuaderno 2
97	103148363	ARIMIDEX	$	320.320,00	fl. 111 (medio óptico)
98	103148368	ARIMIDEX	$	334.720,00	fl. 111 (medio óptico)
99	103154671	ARIMIDEX	$	334.220,00	fl. 111 (medio óptico)
100	103488625	ARIMIDEX	$	319.320,00	fls. 55 a 61 Cuaderno 2
101	103488748	ARIMIDEX	$	320.320,00	fls. 62 a 68 Cuaderno 2
102	103442709	ARIMIDEX	$	334.220,00	fls. 40 a 46 Cuaderno 2
103	105141830	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 154 a 160 Cuaderno 2
104	104211380	ARIMIDEX	$	319.320,00	fl. 111 (medio óptico)
105	104221176	ARIMIDEX	$	344.220,00	fl. 111 (medio óptico)
106	106420819	ARIMIDEX	$	321.272,00	fls. 180 a 186 Cuaderno 3
107	106415747	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 45 a 54 Cuaderno 3
108	106421037	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 195 a 200 Cuaderno 3
109	105142169	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 170 a 176 Cuaderno 2
110	106421188	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 201 a 207 Cuaderno 3
111	104912647	ARIMIDEX	$	344.220,00	fl. 111 (medio óptico)
112	106421282	ARIMIDEX	$	320.958,00	fls. 275 a 283 Cuaderno 3
113	106415833	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 62 a 72 Cuaderno 3
114	106415907	ARIMIDEX	$	321.272,00	fls. 82 a 88 Cuaderno 3
115	106415919	ARIMIDEX	$	319.320,00	fls. 104 a 112 Cuaderno 3
116	105100485	ARIMIDEX	$	22.948,00	fl. 111 (medio óptico)
117	105103704	ARIMIDEX	$	344.220,00	fl. 111 (medio óptico)
118	105103822	ARIMIDEX	$	344.220,00	fl. 111 (medio óptico)
119	105448326	ARIMIDEX	$	344.220,00	fl. 111 (medio óptico)
120	106796966	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 36 a 44 Cuaderno 4
121	106255334	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 9 a 16 Cuaderno 3
122	105579106	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 177 a 184 Cuaderno 2
123	105594866	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 193 a 201 Cuaderno 2
124	105749349	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls, 235 a 242 Cuaderno 2
125	105745269	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 227 a 234 Cuaderno 2
126	106670186	ARIMIDEX	$	344.220,00	fls. 292 a 298 Cuaderno 3

127	106670494	ARIMIDEX	$ 344.220,00	fls. 2 a 9 Cuaderno 4
128	106670621	ARIMIDEX	$ 344.220,00	fls. 10 a 18 Cuaderno 4
129	106049981	ARIMIDEX	$ 344.220,00	fls. 2 a 9 Cuaderno 4
130	106055360	ARIMIDEX	$ 344.220,00	fls. 2 a 9 Cuaderno 4
131	106398044	ARIMIDEX	$ 341.820,00	fls. 298 a 303 Cuaderno 2
132	106400526	ARIMIDEX	$ 320.958,00	fl. 111 (medio óptico)
133	106404195	ARIMIDEX	$ 344.220,00	fl. 111 (medio óptico)
134	106423090	ARIMIDEX	$ 321.272,00	fl. 111 (medio óptico)
135	106706847	ARIMIDEX	$ 344.220,00	fl. 111 (medio óptico)
136	106712821	ARIMIDEX	$ 344.220,00	fl. 111 (medio óptico)
137	106707662	ARIMIDEX	$ 344.220,00	fls. 19 a 28 Cuaderno 4
138	106975014	ARIMIDEX	$ 344.220,00	fl. 111 (medio óptico)
139	106972046	ARIMIDEX	$ 344.220,00	fls. 45 a 53 Cuaderno 4
TOTAL			$ 45.822.169,00	

Los anteriores radicados se observan en los cuadernos 1 a 4 así como en el medio óptico de folio 111, cumplen los requisitos del artículo 15 del Decreto 5395 de 2013, y la patología que se determina en cada uno de ellos es un diagnóstico de tumor maligno de mama, extrayéndose de la lectura pormenorizada de las correspondientes actas del Comité Técnico Científico que no el cáncer no es metastásico[1] , como quiera que se proporciona por las siguientes razones para su reconocimiento:

- Para tratamiento adyuvante del cáncer de mama incipiente en mujeres posmenopáusicas con receptores hormonales positivos que han recibido un tratamiento adyuvante con el Tamoxifeno por dos o tres años; tratamiento adyuvante del cáncer de mama avanzado (no metastásico o estadio IV) en mujeres posmenopáusicas no se ha demostrado la eficacia de ANASTRAZOL en paciente receptores de estrógeno negativo a menos que hayan previamente un respuesta clínica a positiva al Tamoxifeno.
- Para mejora de la patología.
- Para tratamiento y control adecuado de la sintomatología producida por la patología base con el fin de controlar la enfermedad.

[1] El estadio IV describe el cáncer de mama invasivo que se ha propagado más allá de la mama y los ganglios linfáticos circundantes hacia otros órganos del cuerpo, como los pulmones, ganglios linfáticos distantes, la piel, los huesos, el hígado y el cerebro.
Tal vez escuches las palabras "avanzado" y "metastásico" para describir el cáncer de mama de estadio IV. Un cáncer puede ser de estadio IV en un primer diagnóstico o puede tratarse de una recurrencia de un cáncer de mama anterior que se ha propagado hacia otras partes del cuerpo. (Estadios del cáncer de mama (breastcancer.org).

- Se indica manejo de ANASTRAZOL para generar control ante progresión del cáncer de mama que padece.
- Persona con cáncer de mama en estadio I a III con buenos resultados con ANASTRAZOL por lo que se requiere darle continuidad.
- El médico tratante indica que es requerido para evitar posibilidades de recaídas.
- El médico tratante indica que es requerido para prevención de toxicidad.
- El médico tratante indica que es requerido para tratamiento antineoplásico.
- El médico tratante indica que es requerido por tratarse de una persona con antecedentes de cáncer de mama.
- El médico tratante indica que es requerido para controlar los síntomas y evitar complicaciones.

Por tanto, y dado que los anteriores recobros suman un monto de **$45'822.169, teniendo en cuenta los valores registrados en la tabla 1,** se REVOCARÁ la sentencia y en su lugar se impondrá el reconocimiento y pago de tal valor a cargo de la ADRES.

Prescripción

Teniendo en cuenta que el caso fue asignado a la especialidad laboral por mandato del Consejo Superior de la Judicatura- Sala Disciplinaria, tal y como da cuenta la providencia del 27 de febrero de 2017, las normas que imperan en el asunto son las de la materia, esto es, el 151 del C.P.T y de la S.S, que señala un término de tres años desde que la obligación se hizo exigible. Al respecto, en sentencia del 22 de mayo de 2019 proferida por esta Sala del Tribunal Superior de Bogotá, M.P. David A.J Correa Steer, Rad. 11001310050042015004 75-02, se dijo:

> *"En este orden ideas, se concluye de los descrito precedentemente, que el recobro fue presentado luego del término de los seis meses, empero ello no es óbice para exonerar al ente Ministerial de sus obligaciones, pues entiende la Sala que la disposición establece es la imposibilidad de reclamarlas por vía administrativa, pues se reitera nuestro Código de Procedimiento prevé un*

término trienal, el cual se podrá interrumpir con el simple reclamo efectuado por el trabajador o la entidad de seguridad social".

En igual sentido, y en gracia de discusión, y dado que al criterio de la H. Corte Suprema de Justicia en Sala Plena el 23 de marzo del 2017, Exp. 11001023000020160017800, reiterado el 25 de mayo del mismo año, Exp. 11001023000020160026000, el caso versa sobre facturas y sería competencia de la especialidad civil, y en este caso por cuanto se demanda un ente público la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (mirar providencia del 12 de abril de 2018, APL1531-2018, Exp. 11001023000020170020001), la conclusión a la que se arribaría sería exactamente la misma, esto es, que el término de prescripción es de tres años. Lo dicho, por cuanto en pronunciamiento del H. Consejo de Estado, sentencia del 30 de enero de 2014, radicada 25000-23-24-000-2007-00099-01, se consideró sobre la naturaleza de las facturas y su término de prescripción, lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

"Al respecto, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:

El artículo 5° del Decreto 183 de 1997 establece que la facturación que se presente como consecuencia de la compraventa de servicios médicos entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud, entre sí, deberá sujetarse a una misma codificación que acuerden éstas a través de las principales entidades que las agrupen. De no ser adoptada, será establecida por el Ministerio de Salud y será de obligatorio cumplimiento para las EPS e IPS, públicas o privadas.

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

No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito".
De las normas transcritas, infiere la Sala que el prestador del servicio de salud deberá expedir verdaderos títulos quirografarios, denominados 'Facturas', a la EPS como consecuencia de la compraventa del servicio mencionado con el propósito de que las mismas sean pagadas en los términos y bajo el procedimiento establecido en la Ley.

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, no operó el fenómeno prescriptivo, dado que, entre la fecha de exigibilidad de los correspondientes recobros, siendo el más antiguo el identificado con número **10315467** con fecha del **03 de octubre de 2012**, con fecha de radicación del **16 de junio de 2014**, esto es, dentro de los tres años en mención, y que la respectiva demanda se presentó **el 02 de agosto de 2016** (fl.27), debe concluirse que no alcanzó a operar el fenómeno extintivo de la prescripción.

Daño Emergente- Gastos administrativos

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia como por ejemplo en la sentencia SL2206-2019, señaló que para que haya lugar a ella, se debe verificar la pérdida de elementos patrimoniales, así como los gastos en que se debió incurrir, o que deban generarse en el futuro, y la generación de un pasivo patrimonial a causa de los hechos sobre los cuales quiere deducirse responsabilidad.

Al auscultar todo el acervo probatorio, no se encuentra acreditado el valor que la demandada tuvo que asumir por concepto de gastos de administración, quedan en simples afirmaciones de la parte actora, no hay ningún medio de convicción tendiente a demostrarlos, razón suficiente para no ordenar su reconocimiento.

Intereses moratorios e indexación

El artículo 7 del Decreto 1281 de 2002 señala:

"(...) Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. ***Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses,*** *ni otras sanciones pecuniarias." (Resaltado por la Sala)*

En la misma dirección, respecto del término para la presentación de los recobros el artículo 13 ejusdem, modificado por el artículo 111 del Decreto 19 de 2012, señaló:

"Las reclamaciones o cualquier tipo de cobro que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del FOSYGA se deberán presentar ante el FOSYGA en el término máximo de (1) año contado a partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda."

Así las cosas, de las disposiciones normativas en cita, claramente se evidencia, la procedencia de los intereses moratorios cuando las glosas son infundadas, siempre y cuando el cobro se presente dentro de los seis meses siguientes a la prestación del servicio o la ocurrencia del hecho generador, y bajo dicha precisión, procedió la Sala a verificar la base de información contenida en el medio óptico obrante a folio 111, encontrando que 57 de los recobros cuyo pago se dispuso en primera instancia, fueron radicados cuando ya se había superado el término de 6 meses señalado por el citado Decreto 1281 de 2002, razón por la cual se condenará al pago de intereses moratorios, con excepción de los siguientes recobros:

101844478, 101844694, 101845434, 101985135, 101987125, 103300088, 103437502, 103437847, 106420304, 106420338, 106420412, 106420503, 106420511, 106420544, 106420555, 106420564, 106420759, 106415735, 104468917, 104502473, 106421197, 104505780, 106421225, 106421249, 106421252, 106421255, 106421278, 106415834, 105085143, 105596607, 106051753, 106051831, 106409319, 100803352, 101844538, 101844673, 101844722, 101844921, 105850830, 105696992, 106795591, 102783488, 102795017, 103148363, 103488748, 103442709, 104211380, 106420819, 106415747, 106421037, 106415833, 106415907, 106796966, 106255334, 105579106, 106670186, 106049981, y 106404195.

En otras palabras, se CONDENARÁ al reconocimiento y pago de intereses moratorios, **con excepción de las facturas o recobros antes señalados**, respecto de los cuales se ordenará su pago debidamente indexado, pues en todo caso, se han visto sometidos a depreciación monetaria.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. - **REVOCAR** la sentencia. En su lugar se dispone:

A. CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- ADRES a reconocer y pagar a la sociedad demandante ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A por concepto de las facturas que se discriminan a continuación, la suma de **$45'822.169**:

101844478, 101844694, 101844707, 101845229, 101845434, 101972578, 101980626, 101985135, 101987125, 101957566, 102386545, 102391680, 102787346, 103300088, 105141505, 103437502, 103437847, 103448053, 106420267, 106420304, 106420338, 106420412, 106420503, 106420511, 106420544, 106420555, 106420564, 106420725, 106420759, 106415735, 106421029, 104468917, 104469577, 105142117, 104476426, 104479278, 104498911, 104502276, 104502473, 106421196, 106421197, 104504285, 104505780, 106421216, 106421225, 106421226, 106421249, 106421252, 106421255, 106421278, 106421287, 106415830, 106415834, 106415908, 106415909, 105085143, 105104542, 105107977, 105741882, 105743162, 105594730, 105596607, 105749548, 105749845, 105750706, 105750710, 105750744, 105750800, 106051753, 106073760, 106051831, 106053453, 106056645, 106057573, 106394773, 106409319, 103267749, 100802186, 100803352, 100803689, 100803842, 100804080, 100805857, 100806126, 100806279, 101844448, 101844538, 101844673, 101844722, 101844921,

105850830, 105696992, 102170655, 106795591, 102783488, 102795017, 103148363, 103148368, 103154671, 103488625, 103488748, 103442709, 105141830, 10421380, 104221176, 106420819, 106415747, 106421037, 105142169, 106421188, 104912647, 106421282, 106415833, 106415907, 106415919, 105100485, 105103704, 105103822, 105448326, 106796966, 106255334, 105579106, 105594866, 105749349, 105745269, 106670186, 106670494, 106670621, 106049981, 106055360, 106398044, 106400526, 106404195, 106423090, 106706847, 106712821, 106707662, 106975014, y 106972046.

B. **SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES a pagar a favor de la sociedad demandante ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A, los intereses moratorios previstos en el Artículo 7° del Decreto 4797 de 2007 frente a los recobros objeto de condena en el numeral primero de la presente sentencia, con excepción de las siguientes facturas, las que se deberán pagar debidamente indexadas:

101844478, 101844694, 101845434, 101985135, 101987125, 103300088, 103437502, 103437847, 106420304, 106420338, 106420412, 106420503, 106420511, 106420544, 106420555, 106420564, 106420759, 106415735, 104468917, 104502473, 106421197, 104505780, 106421225, 106421249, 106421252, 106421255, 106421278, 106415834, 105085143, 105596607, 106051753, 106051831, 106409319, 100803352, 101844538, 101844673, 101844722, 101844921, 105850830, 105696992, 106795591, 102783488, 102795017, 103148363, 103488748, 103442709, 104211380, 106420819, 106415747, 106421037, 106415833, 106415907, 106796966, 106255334, 105579106, 106670186, 106049981, y 106404195.

C. ABSOLVER a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- ADRES de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme las razones expuestas en la parte motivan de esta decisión.

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

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.

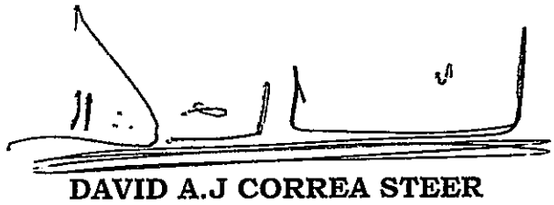
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de $450.000 = a cargo de la parte demandada.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. 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.

TERCERO: Téngase por reasumido el poder por el Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ, identificado con C.C. No. 79.985.203 y T.P. No. 115.849 del C.S. de la J., como apoderado principal de Porvenir S.A.

II. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de la demandada **PORVENIR S.A.**, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de **COLPENSIONES** la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, el 13 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **CLAUDIA PATRICIA PINZÓN VESGA** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**

– COLPENSIONES 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" de la afiliación efectuada a través de Porvenir S.A. el 18 de julio de 1994 al RAIS.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se condene a Porvenir S.A. a liberar de sus bases de datos a la accionante y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 71-83) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las de prescripción uy caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones.

Adujo que, la parte actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo cual demuestra que la afiliada era consciente sobre el formulario que suscribió para cambio de régimen y la elección del régimen y de la administradora se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones.

Refirió que la accionante no podrá retornar al Régimen de Prima Media, (en adelante RPM) por ausencia de requisitos legales y jurisprudenciales para su procedencia, esto es no es posible su traslado porque no cumple con los requisitos dispuestos en la ley y en las sentencias C-1024 de 2004, SU-062 de 2010 y SU 130 de 2013.

Reiteró que los beneficiarios del régimen de transición por edad, pierden automáticamente los beneficios de dicho régimen al trasladarse voluntariamente al Régimen de Ahorro Individual, (en adelante RAIS) , dejando claro la Corte Constitucional que las únicas personas amparadas por el régimen de transición que quieren retornar en cualquier tiempo al RPM con el fin de pensionarse de acuerdo a las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 son aquellos que tengan 15 años de servicios cotizados al 1° de abril de 1994.

Frente a la nulidad, destaca que cualquier declaración de esta, como acto jurídico estaría actualmente prescrita conforme lo dispone el artículo 1750 del Código Civil, además, que no puede alegarse la nulidad de la afiliación efectuada ante el fondo de pensiones, ya que no puede trasladarse un contrato de vinculación solo por el hecho de advertir posteriormente inconformidades con las normas y lineamientos propios del RAIS.

Expresó que el error de derecho no vicia el consentimiento contractual, tal como lo establece el artículo 509 del Código Civil, por lo que no hay lugar a que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS de la demandante, ya que la afiliación tiene plena validez y legalidad, puesto que no se probó por parte de la actora alguna de las causales de nulidad, vicios del consentimiento, sino que por el contrario confesó que se afilió a Porvenir S.A., por lo que existió voluntad de trasladarse de régimen pensional, máxime cuando duro más de 25 años realizando aportes continuos al fondo privado.

Concluyó indicando que, la afiliación de la demandante a Porvenir S.A. aconteció el 18 de julio de 1994, por ende, 25 años después, es pertinente mencionar que el transcurso del tiempo subsana cualquier tipo de error que hubiese podido suceder, pues la demandante nunca dejó de cotizar y no se observa que durante estos años hubiese presentado algún tipo de queja o reclamo en relación con su traslado de régimen o falsas promesas.

PORVENIR S.A. (fls. 104-175) se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

En resumen, adujo, que la selección de cualquiera de los regímenes previstos en 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.

Afirmó 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.

Finalizó 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 legitima que la lleve a ser cobijada bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

3. SENTENCIA APELADA

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

> *"**PRIMERO:** Declarar la ineficiencia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación cotización y/o beneficios de la demandante Claudia Patricia Pinzón Vesga al régimen de ahorro individual con solidaridad, celebrado en su momento con la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías Horizonte, hoy Porvenir, del 18 de junio de 1994.*
>
> ***SEGUNDO:** Condenar a Porvenir S.A a realizar el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida, tanto de la relación jurídica de afiliación, como del valor de saldos, aportes y rendimientos, que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual de la demandante*
>
> ***TERCERO:** Condenar a Colpensiones a aceptar el traslado de la señora Claudia Patricia Pinzón Vesga, y a recibir el monto de aportes, saldos pensionales y rendimientos ordenados en el numeral anterior, sin reconocimiento del régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular.*
>
> ***CUARTO:** Absolver a las demandadas de las demás súplicas de la demanda. (...)"*

En síntesis, indicó que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en múltiples sentencias entre la que se encuentra la SL 1452 de 2019, ha argumentado lo siguiente: 1) Desde la creación de las administradoras de fondos de pensiones, con la expedición de la Ley 100 de 1993, tienen el deber de brindar información a los afiliados o usuarios sobre el sistema pensional, 2) el grado de intensidad de esa obligación se ha transformado con el paso del tiempo, de modo que corresponde a los jueces evaluar su cumplimiento con el momento histórico en que debía cumplirse, 3) el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el cumplimiento al deber de información y por lo tanto se requiere de un consentimiento informado, 4) la carga de la prueba corresponde al fondo de pensiones, 5) la violación al deber de informar puede darse incluso si la persona tiene o no un derecho consolidado, es o no beneficiario del régimen de transición o está cerca o no de pensionarse, ello conforme a las particularidades de cada caso.

Precisó que dentro de las sentencias de la citada Corporación existen los salvamentos de voto de los Magistrados Rigoberto Echeverri y Jorge Luis Quiroz Alemán, que determinan especialmente, que la ineficacia de traslado no se puede predicar en todos los casos de manera automática, sino que depende de las falencias en la información y en el consentimiento informado que hayan producido un perjuicio claro, cierto y específicamente determinable para el afiliado en el momento en que se produjo el traslado, argumentos que son compartidos por el juzgado.

Expuso que debe determinarse si en este caso se da la nulidad del traslado, específicamente si existe algún vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo o, si hubo ineficacia del traslado porque existió la afiliación sin un consentimiento informado, esto es para el momento de la afiliación de la demandante, el cual se encuentra en el artículo 97 #1 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, advirtiendo el contenido mínimo y el alcance del deber de información, el cual comprende la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgo de cada régimen pensional, información que debe ser documentada, clara y suficiente. Así mismo, señala que frente a la afiliación desinformada, esta puede ser objeto de ratificación a luces del artículo 898 del Código de Comercio.

Descendiendo al caso particular, indicó que el demandante nació el 1° de diciembre de 1965 y antes de su afiliación al RAIS, se reporta que venía cotizando desde el 23 de noviembre de 1989, lo que significa que, ni por edad, ni por tiempo la demandante es beneficiaria del régimen de transición, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de tutela 53412 del 13 de mayo del 2020, indicó que no es necesaria la vinculación o que el afiliado sea beneficiario del régimen de transición para entrar a analizar este tipo de figuras.

Así mismo, expuso que obra a folio 150 formulario de afiliación suscrito por la demandante, el cual no da cuenta de que le hubiesen dado información precisa acerca del derecho de retracto, así como tampoco en el formulario de la solicitud de afiliación individual que suscribió el 5 de diciembre de 2000, en el que reconoce su firma, sin embargo, se observó que no hay una identidad de firmas en el documento que obra a folio 150 con el que obra en el anverso, que fue el que declaró y recibió la actora, circunstancia que no solamente podría determinar la ineficacia en sentido estricto sino inclusive dolo, específicamente hablando de la suscripción de dicho documento.

Indicó que, sin entrar a determinar alguna conducta ilícita o circunstancia que se genere sobre el particular, establece que sobre esa particular condición si existe un vicio y una condición de inexistencia del acto jurídico que afectaría no solo su validez sino su eficacia y además, no se puede observar que a la demandante se le hubiere dado algún tipo de asesoría o documentación sobre la información.

Al respecto, adujo que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 42292 del 2017, determinó que los derechos de información no solo comprenden desde el punto de vista de la afiliación, sino que se extienden hasta momentos anteriores a la concesión de beneficios y frente a este particular no existe documentación que permita establecer que a la demandante se le haya desconocido un derecho a la reelección, expedición y pago de bono pensional, advirtiendo que no se cumplieron las condiciones del artículo 116 y siguientes de la Ley 100 de 1993 al no reunir más de 150 semanas en el sistema para dar lugar a este bono.

Indicó que, en este caso, se observa una condición de afiliación desinformada, advirtiendo que en el caso del interrogatorio de parte rendido por el representante legal de Porvenir se determinó que a la demandante no le dieron o que es inexistente cualquier pieza documental determinada sobre los argumentos comparativos o beneficios o desventajas del RAIS y también se determinó que no hubo parámetro de explicación o información documentada respecto de este portafolio o producto financiero conforme el deber señalado en el artículo 97 #1 del Decreto 663 de 1993.

Concluyó diciendo que, todo lo expuesto lleva a determinar que efectivamente existe una previsión de una causal de ineficacia en sentido estricto por la afiliación desinformada de la que fue objeto la demandante, y que, como quiera que se están determinando derechos con estatus pensional en la nulidad de traslado, según la sentencia SL 1688 de 2019, este tipo de controversias no están sujetas al régimen jurídico de la prescripción.

4. APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Indicó que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo que las reglas y condiciones por las cuales se realizan las vinculaciones de los afiliados y las condiciones por las cuales se reconocen y pagan las obligaciones en uno y otro régimen no son caprichosas ni determinadas por la AFP, sino que son el resultado de las disposiciones que regulan el RAIS.

Expuso que la vinculación de la demandante se realizó conforme a la normativa vigente para el momento y con los requisitos dados para ello, además, se le brindó una información suficiente para que pudiera acceder a la afiliación de manera que tuviera claras las consecuencias de esta afiliación y que no dejara pasar tanto tiempo para resarcir una circunstancia que acaeció muchos años atrás.

Enfatizó en que para la fecha de traslado de la demandante, los fondos privados no tenían la obligación de brindar la información en los términos exigidos por el demandante, pues la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante concepto del 29 de diciembre de 2015 indicó que el deber de asesoría en los términos que les es exigido, solamente fue prevista cuando se creó el sistema de información al consumidor financiero y esta es una ley que reforma el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero Ley 1328 de 2009 y su Decreto Reglamentario 2555 de 2010, por lo que las afiliaciones se realizaron de acuerdo a la Ley 100 de 1993 y los Decretos 698 y 720 de 1994, normatividad bajo la cual se debe evaluar la información brindada y los requisitos de existencia, validez y eficacia de esta afiliación.

Explicó que la demandante solamente se está basando en temas meramente económicos, como el valor de la mesada pensional, circunstancia que es impredecible e indeterminada en el momento de la afiliación, teniendo en cuenta que la ley 100 de 1993 garantiza un sistema pensional dual, en los cuales garantiza la pensión de vejez, pero en condiciones distintas, siendo un régimen legal y constitucionalmente válido, sin embargo, la favorabilidad del monto pensional en cada uno de los regímenes no puede ser un argumento válido para solicitar la ineficacia de la afiliación, máxime cuando la Corte Suprema de Justicia ha dicho que el sistema pensional debe garantizar la cobertura de una contingencia y no de un valor determinado, cobertura que está plenamente cubierta por Porvenir S.A.

Mencionó que, tal como se expuso en la sentencia apelada y conforme los salvamentos de voto mencionados, se debe estudiar cada caso de forma particular, por lo que no es posible visualizar perjuicios inmediatamente, derivados de la decisión de traslado, de manera que las presuntas falencias de la información no producen un efecto cierto o por lo menos determinable en el momento, y el afiliado deberá someterse a las condiciones del sistema por el que optó y podrá verse beneficiado o perjudicado dependiendo de factores como la fluctuación en el mercado de trabajo, la variación de su salario y otras variables que pueden acarrear mayores o menores réditos respecto a las prestaciones que hubiera recibido en uno u otro régimen.

Refiere que los afiliados no deberían estar autorizados para demandar la ineficacia de su traslado simplemente porque pasado el tiempo su plan de pensión no resultó acorde con sus aspiraciones, pues contrario a ello se estimó prudente que se analicen las condiciones particulares de cada caso.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 09 de noviembre 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 de 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 reiteraron lo expuesto en la demanda y contestaciones, así como en el recurso interpuesto.

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

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

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no 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.

DE LA 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	Contenido mínimo y alcance del deber de información

	de pensiones información	
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del 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	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los 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 Io que más le conviene y, por tanto, Io 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 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".

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 explícita 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. 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. Corno 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.

V. EL CASO EN CONCRETO:

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 23/11/1989 (fl 59 y 82); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 18/07/1994 a través de la A.F.P HORIZONTE (hoy Porvenir S.A) (fl 42, 113 y 150); **iii)** que los días 13 y 14 de noviembre de 2018 (fl 30 y 34) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

A folios 42, 113 y 150 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 18 de julio de 1994 con la AFP Horizonte (hoy Porvenir 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 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 el fondo privado 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*

[1] SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

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 reequilibro 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; sin embargo, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías Horizonte, hoy PORVENIR, **incluyendo los gastos de administración**, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. En tal sentido **SE ADICIONARÁ**, la decisión de primera instancia, que omitió ordenar la devolución de las cuotas o gastos de administración.

Frente 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.

Al respecto, 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, por encontrarse ajustada a derecho.

VI. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VII. 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.- ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia de origen y fecha conocidos, en el sentido de **CONDENAR** a la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías **PORVENIR S.A**, a devolver a **COLPENSIONES** las cuotas o gastos de administración, conforme las motivaciones expuestas en la parte motiva de esta 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
Aclaro Voto !

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los apoderados de la parte actora y Colpensiones, así como se conoce en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **WILSON SIGIFREDO TORRES PINEDA** promoviese contra **COLPENSIONES.**

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende la reliquidación de su pensión de vejez teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación de los aportes que efectuó durante toda su vida laboral, junto con los correspondientes intereses moratorios. Igualmente, solicita la devolución de los aportes realizados desde el 3 de junio de 1998 hasta el 11

de marzo de 1999, junto con los respectivos intereses moratorios, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta que mediante la Resolución 004977 de 1999 le fue reconocida pensión de vejez, de conformidad con el régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 2 de junio de 1998; pero que para efectuar la liquidación no se tuvieron en cuenta los aportes que efectuó durante toda su vida laboral.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

Colpensiones (fls. 33 a 43) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, presunción de legalidad de los actos administrativos, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social en el orden público, y la innominada o genérica.

Expuso que la prestación del accionante se liquidó de conformidad con el ingreso base de liquidación que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 al resultar beneficiario del régimen de transición.

Dijo que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 prevé dos situaciones para efectos de establecer el ingreso base de liquidación: 1. A las personas que les faltan más de diez años para adquirir el derecho pensional a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, se les liquida el ingreso base de liquidación de conformidad con el artículo 21 ejusdem (promedio de los últimos diez años de cotización o de toda la vida laboral siempre y cuando se tenga más de 1250 semanas); y 2. A las personas que les faltan menos de diez años para adquirir el derecho pensional al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, se les liquida el ingreso base de liquidación de conformidad

con el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (con el promedio del tiempo que le faltare o con el de toda la vida laboral).

Finalmente explicó que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 únicamente conservó como elementos del régimen anterior los de edad, tiempo y monto, no siendo así como la forma liquidar el ingreso base de liquidación.

En audiencia del 19 de julio de 2019, el A Quo dispuso tener como **litisconsorte necesario** al **BANCO DE BOGOTÁ S.A.,** (fls. 94 a 104), quien notificado de la presente acción de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de las obligaciones, falta de causa para pedir, buena fe, pago, prescripción, cobro de lo no debido, falta de título y causa, compensación, y la innominada o genérica.

Expuso que le otorgó pensión de jubilación al accionante desde el 1 de julio de 1987, prestación que se reconocería hasta que ingresara en nómina de pensionados del **I.S.S.**, momento a partir del cual se compartiría la prestación.

En último término indicó, que el retroactivo que se cause pertenece al empleador, ya que éste, luego de reconocer la pensión de jubilación, siguió cotizando para pensión con el ánimo de subrogar el riesgo; que ha pagado el mayor valor a su cargo al estar afectada por el fenómeno de la compartibilidad la pensión del accionante; y que de ordenarse el retroactivo a favor del trabajador se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia del **27 de agosto de 2020**, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

> **PRIMERO. – DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE LA EXCEPCIÓN** de prescripción respecto de las diferencias pensionales causadas hasta el 13 de junio de 2015, corrijo, 23 de mayo de 2015.

SEGUNDO. – DECLARAR que el demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión, con base en lo cotizado durante toda su vida laboral, con base en las consideraciones ya expuestas.

TERCERO. – CONDENAR a Colpensiones a la reliquidación pensional, aclarando que la mesada pensional a partir del mes de agosto del presente año se establece en un valor de $1'613.977, y que en adelante deberá pagar ese valor al demandante

CUARTO. – ORDENAR a Colpensiones girar el valor del retroactivo de reajuste de mesadas pensionales a la ex empleadora del demandante Banco de Bogotá S.A. según las razones expuestas.

QUINTO. - ABSOLVER de los intereses moratorios

SEXTO. – CONDENAR en costas a Colpensiones en proporción del 80%. Practíquese por secretaria la liquidación, incluyendo como agencias en derecho a su cargo, por valor de $1'000.000 M/CTE

En síntesis, refirió que no existe controversia frente a que, al accionante, como beneficiario del régimen de transición, le fue reconocida una pensión de vejez según los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990 por parte del entonces I.S.S., hoy Colpensiones.

Señaló que conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el ingreso base de liquidación de las personas que les faltaren menos de diez años a la entrada en vigor de tal norma, se les liquida teniendo en cuenta el promedio del tiempo que les faltare para acceder al derecho o el promedio de toda la vida laboral si este fuera superior.

Dijo que al realizar las operaciones de rigor con el promedio de toda la vida laboral se extrae que el accionante para el año 2015 se le debe reconocer una pensión teniendo como mesada inicial la suma de $1'282.231, como quiera que el ingreso base de liquidación resultante es de $1'424.701 y la tasa de reemplazo del 90%; y que la mesada pensional a 2020 es $1'613.977

Indicó que la prestación se liquida a 2015, dado que operó el fenómeno prescriptivo de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 23 de mayo de 2015, pues se elevó reclamación administrativa el mismo día y mes de 2018.

Expresó que al causarse la pensión de jubilación reconocida por el BANCO DE BOGOTÁ, con posterioridad al 17 de octubre de 1985, esto es,

el 1 de julio de 1987, y seguir cotizando con el ánimo de subrogar el riesgo, es compartible con la que reconozca el Instituto de Seguros Sociales, quedando a su cargo de aquél el mayor valor; y que por lo anterior, el valor del retroactivo que se cause como consecuencia de la reliquidación de la pensión le corresponde es al empleador.

Finiquitó exponiendo que no hay lugar a la devolución de aportes a favor del accionante, pues está afectado por el fenómeno prescriptivo, al causarse la última el 11 de marzo de 1999 y reclamarse hasta el 23 de mayo de 2018 y que no proceden intereses moratorios, pues no se incurrió en tardanza frente al pago de la mesada pensional ni de la pensión.

4. APELACIÓN DE SENTENCIA.

Parte actora.

Expuso en lo referente a girar el retroactivo pensional al BANCO DE BOGOTÁ, que la pensión es un derecho irrenunciable; que las diferencias que se causaron hasta el 15 de mayo de 1998 no generan ninguna duda que deben ser girados al Banco de Bogotá, empero las que surgieron con posterioridad deben ser giradas al demandante, porque las obligaciones del ex empleador se extendieron únicamente hasta el 15 de mayo de 1998, cesando cualquier responsabilidad y posibilidad de hacer un recobro.

Colpensiones.

Manifestó que al presentarse demanda el 14 de junio de 2018, únicamente se logró interrumpir la prescripción de las diferencias causadas dentro de los tres años anteriores a tal fecha.

Agregó que Colpensiones siempre ha mostrado su ánimo de conciliar, por lo que no sería dable imponerle costas ni agencias en derecho.

5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 22 de febrero de 2021, se admitieron los recursos de apelación.

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

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y S.S., 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 C.P.T. y de la S.S, 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,** determinar si resulta más favorable la reliquidación de la mesada pensional del demandante teniendo en cuenta lo que cotizó durante toda su vida laboral. De resultar afirmativa la respuesta, definir si el retroactivo se debe pagar a favor del accionante o de su ex empleador BANCO DE BOGOTÁ S.A., por tratarse en el caso de una pensión presuntamente de carácter compartida.

De lo probado en el proceso

i) Wilson Sigifredo Torres Pineda nació el 2 de junio de 1938, tal y como da cuenta la cédula de ciudadanía obrante a folio 4.

ii) El actor acumuló un total de **1664,15** semanas en toda su vida laboral, conforme historia laboral obrante a folios 10 a 14.

iii) El empleador BANCO DE BOGOTÁ S.A. y el actor celebraron acta de conciliación el 27 de julio de 1987, a través de la que el primero, decidió reconocer pensión de jubilación voluntaria **a partir del 1 de julio de 1987 en la suma de $44.875 y** hasta el 15 de mayo de 1998; señalando que, a partir de la fecha en que el I.S.S pague la pensión de vejez al ex trabajador, el Banco pagará únicamente el mayor valor si lo hubiere entre la pensión del I.S.S. y la que venga reconociendo; y que el Banco pagará el mayor valor aludido siempre y cuando: i) el trabajador dentro de los dos meses siguientes al cumplimiento de los 60 años, presente al I.S.S. la totalidad de la documentación que requiere para el reconocimiento de su pensión de vejez, y ii) el extrabajador reembolse los valores que por efectos de retroactividad de pensión de vejez corresponda al banco en el término de 15 días (fls. 82 a 84).

iv) Al actor le fue reconocida la pensión de vejez por parte del Instituto de Seguros Sociales de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 y por ser beneficiario del régimen de transición mediante Resolución 004977 de 1999, **a partir del 02 de junio de 1998** por valor de $376.580 (fl.8).

v) El demandante elevó reclamación de reliquidación pensional el 18 de octubre de 2017 (fl.6).

RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE VEJEZ

La reliquidación de la pensión es un derecho del que gozan los beneficiarios de una prestación de requerir ante la entidad de seguridad social que reconocer su pensión un reajuste en el monto asignado como parte de su pensión, ya sea porque se ha calculado de forma errónea o se omitió un factor prestacional.

En el caso objeto de estudio, encontramos que al accionante le fue reconocida una pensión de vejez por parte del extinto I.S.S. (hoy Colpensiones), en vigencia de la Ley 100 de 1993 de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 y por ser beneficiario del régimen de transición mediante la Resolución 004977 de 1999, a partir del 2 de junio de 1998 (fl.8).

Dicho lo anterior, y dado que el accionante es beneficiario del régimen de transición, se hace necesario acudir al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, norma que dispone que los requisitos de edad, tiempo o número de semanas cotizadas, y monto, se rigen por la normatividad anterior a la expedición de la Ley 100 de 1993, mientras que las demás situaciones se regulan con el nuevo sistema de seguridad social integral, por lo que, el ingreso base para liquidar la pensión está sometido a los preceptos que se rigen por la Ley 100 de 1993. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia dijo:

> "Tampoco incurrió en error al apoyarse en la jurisprudencia de esta Sala, para decir que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conservó para sus beneficiarios los requisitos del régimen anterior en cuanto a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, no así lo concerniente con el ingreso base de liquidación, dado que éste sería calculado en los términos del inciso 3° del referido artículo, para quienes les hiciere falta 10 años o menos para el derecho pensional, pues así lo tiene definido pacíficamente la jurisprudencia de la Sala, entre otras, en las sentencias de casación CSJ SL, 17 oct. 2008, rad. 33.343; CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 44238; CSJ SL, 17 abr. 2012, rad. 53037 y CSJSL, 9411-2015 de 15 jul. 2015, rad. 52129".

Ahora bien, el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 señala:

> "El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE".

Bajo tal entendimiento, se debe calcular el ingreso base de liquidación a las personas que son beneficiarias del régimen de transición, así: a quienes le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho, el ingreso se establecerá con el promedio de lo devengado en el tiempo que les hacía falta para pensionarse o el cotizado durante todo el tiempo laboral si este fuere superior, mientras que a quienes le faltaban más de diez años para adquirir el derecho, dicho ingreso corresponde a lo previsto en el artículo 21 de la

Ley 100 de 1993, es decir, será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento de su pensión o el promedio del ingreso base calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si éste fuera más favorable, siempre que haya cotizado 1250 semanas; criterio que ha sido expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la del 15 de febrero de 2011, Rad. 43336, 08 de mayo de 2013, Rad. 42529, y 06 de abril de 2016, Rad. 51152; y ha sido acogido por la H. Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015, esta última corporación sostuvo:

> (...) La Sentencia C-258 de 2013, estableció que el régimen de transición consiste en un beneficio de quienes hacen parte de regímenes especiales que consiste en la aplicación ultractiva de los requisitos de aquellos pero sólo los relacionados a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, y no el ingreso base de liquidación –IBL-. En la sentencia, por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos.
>
> (...) Teniendo en cuenta lo expuesto, esta Sala evidencia que en el caso del actor no existe vulneración de su derecho al debido proceso, específicamente, no se estructuró el defecto sustantivo alegado, en razón a que si bien existía un precedente jurisprudencial que seguían las salas de revisión para resolver problemas jurídicos como el que ahora el actor pone a consideración de la Corte, lo cierto es que dicho precedente cambió a partir de los recientes pronunciamientos de la Sala Plena, en donde fijan un precedente interpretativo sobre el alcance de los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
>
> Sobre este punto, la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia objeto de reproche, realiza el siguiente análisis:
> *"Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por reiterado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores*

a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión. Y que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por tales disposiciones legales, sino que pasa a ser regido, en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho por el inciso 3° del artículo 36 citado".

Como se observa esta interpretación de la Sala Laboral del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria no contraría la reciente interpretación que fijó la Sala Plena de la Corte Constitucional acerca del IBL en el régimen de transición y, por eso, no se estructura el defecto sustantivo alegado (...)".

Aclarado lo anterior, y toda vez que los requisitos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 se reunieron con el cumplimiento de la edad del actor, esto es, cuando arribó a los 60 años, lo que ocurrió el 2 de junio de 1998, se tiene que al faltarle menos de diez años para cumplir con los requisitos pensionales para causar su pensión de vejez desde la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, el ingreso base de liquidación se debía calcular con el tiempo que le hacía para falta para pensionarse o el promedio del ingreso base calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, optándose por el que le resultara más favorable al afiliado. En consecuencia, se procederá a verificar si los ingresos de toda la vida laboral le son más favorables al demandante.

Reliquidación pensión de vejez con toda la vida laboral.

A efectos de verificar cuál mesada resulta más favorable entre la reconocida por el I.S.S. y la que resultare del promedio de los ingresos del trabajador en toda su vida laboral, se hace necesario efectuar las siguientes operaciones aritméticas:

				Año 1967			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/67	31/01/67	31	1.290,00	43,00	$ 1.333,00		
01/02/67	28/02/67	28	1.290,00	43,00	$ 1.204,00		
01/03/67	31/03/67	31	1.290,00	43,00	$ 1.333,00		

01/04/67	30/04/67	30	1.290,00	43,00	$ 1.290,00		
01/05/67	31/05/67	31	1.290,00	43,00	$ 1.333,00		
01/06/67	30/06/67	30	1.290,00	43,00	$ 1.290,00		
28/07/67	31/07/67	4	1.290,00	43,00	$ 172,00		
01/08/67	31/08/67	31	1.290,00	43,00	$ 1.333,00		
01/09/67	30/09/67	30	1.290,00	43,00	$ 1.290,00		
01/10/67	31/10/67	31	1.290,00	43,00	$ 1.333,00		
01/11/67	30/11/67	30	1.290,00	43,00	$ 1.290,00		
01/12/67	31/12/67	31	1.290,00	43,00	$ 1.333,00		
Total días		338			$ 14.534,00	$ 43,00	$ 1.290,00

				Año 1968			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/68	31/01/68	31	1.290,00	43,00	$ 1.333,00		
01/02/68	29/02/68	29	1.290,00	43,00	$ 1.247,00		
01/03/68	31/03/68	31	1.290,00	43,00	$ 1.333,00		
01/04/68	30/04/68	30	1.290,00	43,00	$ 1.290,00		
01/05/68	31/05/68	31	1.290,00	43,00	$ 1.333,00		
01/06/68	30/06/68	30	1.290,00	43,00	$ 1.290,00		
01/07/68	31/07/68	31	1.290,00	43,00	$ 1.333,00		
01/08/68	31/08/68	31	1.290,00	43,00	$ 1.333,00		
01/09/68	30/09/68	30	1.770,00	59,00	$ 1.770,00		
01/10/68	31/10/68	31	1.770,00	59,00	$ 1.829,00		
01/11/68	30/11/68	30	1.770,00	59,00	$ 1.770,00		
01/12/68	31/12/68	31	1.770,00	59,00	$ 1.829,00		
Total días		366			$ 17.690,00	$ 48,33	$ 1.450,00

				Año 1969			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/69	31/01/69	31	1.770,00	59,00	$ 1.829,00		
01/02/69	28/02/69	28	1.770,00	59,00	$ 1.652,00		
01/03/69	31/03/69	31	1.770,00	59,00	$ 1.829,00		
01/04/69	30/04/69	30	1.770,00	59,00	$ 1.770,00		
01/05/69	31/05/69	31	1.770,00	59,00	$ 1.829,00		
01/06/69	30/06/69	30	1.770,00	59,00	$ 1.770,00		
01/07/69	31/07/69	31	2.430,00	81,00	$ 2.511,00		
01/08/69	31/08/69	31	2.430,00	81,00	$ 2.511,00		
01/09/69	30/09/69	30	1.770,00	59,00	$ 1.770,00		
01/10/69	31/10/69	31	1.770,00	59,00	$ 1.829,00		
01/11/69	30/11/69	30	1.770,00	59,00	$ 1.770,00		
01/12/69	31/12/69	31	1.770,00	59,00	$ 1.829,00		
Total días		365			$ 22.899,00	$ 62,74	$ 1.882,11

				Año 1970			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/70	31/01/70	31	1.770,00	59,00	$ 1.829,00		
01/02/70	28/02/70	28	1.770,00	59,00	$ 1.652,00		
01/03/70	31/03/70	31	1.770,00	59,00	$ 1.829,00		
01/04/70	30/04/70	30	2.430,00	81,00	$ 2.430,00		

01/05/70	31/05/70	31	2.430,00	81,00	$ 2.511,00		
01/06/70	30/06/70	30	2.430,00	81,00	$ 2.430,00		
01/07/70	31/07/70	31	2.430,00	81,00	$ 2.511,00		
01/08/70	31/08/70	31	2.430,00	81,00	$ 2.511,00		
01/09/70	30/09/70	30	2.430,00	81,00	$ 2.430,00		
01/10/70	31/10/70	31	2.430,00	81,00	$ 2.511,00		
01/11/70	30/11/70	30	2.430,00	81,00	$ 2.430,00		
01/12/70	31/12/70	31	2.430,00	81,00	$ 2.511,00		
Total días		365			$ 27.585,00	$ 75,58	$ 2.267,26

				Año 1971			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/71	31/01/71	31	2.430,00	81,00	$ 2.511,00		
01/02/71	28/02/71	28	2.430,00	81,00	$ 2.268,00		
01/03/71	31/03/71	31	2.430,00	81,00	$ 2.511,00		
01/04/71	30/04/71	30	2.430,00	81,00	$ 2.430,00		
01/05/71	31/05/71	31	2.430,00	81,00	$ 2.511,00		
01/06/71	30/06/71	30	2.430,00	81,00	$ 2.430,00		
01/07/71	31/07/71	31	2.430,00	81,00	$ 2.511,00		
01/08/71	31/08/71	31	2.430,00	81,00	$ 2.511,00		
01/09/71	30/09/71	30	2.430,00	81,00	$ 2.430,00		
01/10/71	31/10/71	31	2.430,00	81,00	$ 2.511,00		
01/11/71	30/11/71	30	2.430,00	81,00	$ 2.430,00		
01/12/71	31/12/71	31	2.430,00	81,00	$ 2.511,00		
Total días		365			$ 29.565,00	$ 81,00	$ 2.430,00

				Año 1972			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/72	31/01/72	31	2.430,00	81,00	$ 2.511,00		
01/02/72	29/02/72	29	2.430,00	81,00	$ 2.349,00		
01/03/72	31/03/72	31	2.430,00	81,00	$ 2.511,00		
01/04/72	30/04/72	30	2.430,00	81,00	$ 2.430,00		
01/05/72	31/05/72	31	2.430,00	81,00	$ 2.511,00		
01/06/72	30/06/72	30	2.430,00	81,00	$ 2.430,00		
01/07/72	31/07/72	31	2.430,00	81,00	$ 2.511,00		
01/08/72	31/08/72	31	2.430,00	81,00	$ 2.511,00		
01/09/72	30/09/72	30	2.430,00	81,00	$ 2.430,00		
01/10/72	31/10/72	31	3.300,00	110,00	$ 3.410,00		
01/11/72	30/11/72	30	3.300,00	110,00	$ 3.300,00		
01/12/72	31/12/72	31	3.300,00	110,00	$ 3.410,00		
Total días		366			$ 32.314,00	$ 88,29	$ 2.648,69

				Año 1973			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/73	31/01/73	31	3.300,00	110,00	$ 3.410,00		
01/02/73	28/02/73	28	3.300,00	110,00	$ 3.080,00		
01/03/73	31/03/73	31	3.300,00	110,00	$ 3.410,00		
01/04/73	30/04/73	30	3.300,00	110,00	$ 3.300,00		
01/05/73	31/05/73	31	3.300,00	110,00	$ 3.410,00		

01/06/73	30/06/73	30	3.300,00	110,00	$ 3.300,00		
01/07/73	31/07/73	31	3.300,00	110,00	$ 3.410,00		
01/08/73	31/08/73	31	3.300,00	110,00	$ 3.410,00		
01/09/73	30/09/73	30	3.300,00	110,00	$ 3.300,00		
01/10/73	31/10/73	31	3.300,00	110,00	$ 3.410,00		
01/11/73	30/11/73	30	3.300,00	110,00	$ 3.300,00		
01/12/73	31/12/73	31	3.300,00	110,00	$ 3.410,00		
Total días		365			$ 40.150,00	$ 110,00	$ 3.300,00

				Año 1974			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/74	31/01/74	31	3.300,00	110,00	$ 3.410,00		
01/02/74	28/02/74	28	3.300,00	110,00	$ 3.080,00		
01/03/74	31/03/74	31	3.300,00	110,00	$ 3.410,00		
01/04/74	30/04/74	30	3.300,00	110,00	$ 3.300,00		
01/05/74	31/05/74	31	3.300,00	110,00	$ 3.410,00		
01/06/74	30/06/74	30	3.300,00	110,00	$ 3.300,00		
01/07/74	31/07/74	31	3.300,00	110,00	$ 3.410,00		
01/08/74	31/08/74	31	3.300,00	110,00	$ 3.410,00		
01/09/74	30/09/74	30	3.300,00	110,00	$ 3.300,00		
01/10/74	31/10/74	31	4.410,00	147,00	$ 4.557,00		
01/11/74	30/11/74	30	4.410,00	147,00	$ 4.410,00		
01/12/74	31/12/74	31	4.410,00	147,00	$ 4.557,00		
Total días		365			$ 43.554,00	$ 119,33	$ 3.579,78

				Año 1975			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/75	31/01/75	31	4.410,00	147,00	$ 4.557,00		
01/02/75	28/02/75	28	4.410,00	147,00	$ 4.116,00		
01/03/75	31/03/75	31	4.410,00	147,00	$ 4.557,00		
01/04/75	30/04/75	30	4.410,00	147,00	$ 4.410,00		
01/05/75	31/05/75	31	4.410,00	147,00	$ 4.557,00		
01/06/75	30/06/75	30	4.410,00	147,00	$ 4.410,00		
01/07/75	31/07/75	31	4.410,00	147,00	$ 4.557,00		
01/08/75	31/08/75	31	4.410,00	147,00	$ 4.557,00		
01/09/75	30/09/75	30	4.410,00	147,00	$ 4.410,00		
01/10/75	31/10/75	31	4.410,00	147,00	$ 4.557,00		
01/11/75	30/11/75	30	4.410,00	147,00	$ 4.410,00		
01/12/75	31/12/75	31	5.790,00	193,00	$ 5.983,00		
Total días		365			$ 55.081,00	$ 150,91	$ 4.527,21

				Año 1976			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/76	31/01/76	31	5.790,00	193,00	$ 5.983,00		
01/02/76	29/02/76	29	4.410,00	147,00	$ 4.263,00		
01/03/76	31/03/76	31	5.790,00	193,00	$ 5.983,00		
01/04/76	30/04/76	30	5.790,00	193,00	$ 5.790,00		
01/05/76	31/05/76	31	5.790,00	193,00	$ 5.983,00		
01/06/76	30/06/76	30	5.790,00	193,00	$ 5.790,00		

01/07/76	31/07/76	31	5.790,00	193,00	$ 5.983,00		
01/08/76	31/08/76	31	5.790,00	193,00	$ 5.983,00		
01/09/76	30/09/76	30	5.790,00	193,00	$ 5.790,00		
01/10/76	31/10/76	31	5.790,00	193,00	$ 5.983,00		
01/11/76	30/11/76	30	5.790,00	193,00	$ 5.790,00		
01/12/76	31/12/76	31	5.790,00	193,00	$ 5.983,00		
Total días		366			$ 69.304,00	$ 189,36	$ 5.680,66

				Año 1977			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/77	31/01/77	31	7.470,00	249,00	$ 7.719,00		
01/02/77	28/02/77	28	7.470,00	249,00	$ 6.972,00		
01/03/77	31/03/77	31	7.470,00	249,00	$ 7.719,00		
01/04/77	30/04/77	30	9.480,00	316,00	$ 9.480,00		
01/05/77	31/05/77	31	9.480,00	316,00	$ 9.796,00		
01/06/77	30/06/77	30	9.480,00	316,00	$ 9.480,00		
01/07/77	31/07/77	31	9.480,00	316,00	$ 9.796,00		
01/08/77	31/08/77	31	9.480,00	316,00	$ 9.796,00		
01/09/77	30/09/77	30	9.480,00	316,00	$ 9.480,00		
01/10/77	31/10/77	31	11.850,00	395,00	$ 12.245,00		
01/11/77	30/11/77	30	11.850,00	395,00	$ 11.850,00		
01/12/77	31/12/77	31	11.850,00	395,00	$ 12.245,00		
Total días		365			$ 116.578,00	$ 319,39	$ 9.581,75

				Año 1978			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/78	31/01/78	31	11.850,00	395,00	$ 12.245,00		
01/02/78	28/02/78	28	11.850,00	395,00	$ 11.060,00		
01/03/78	31/03/78	31	11.850,00	395,00	$ 12.245,00		
01/04/78	30/04/78	30	11.850,00	395,00	$ 11.850,00		
01/05/78	31/05/78	31	11.850,00	395,00	$ 12.245,00		
01/06/78	30/06/78	30	11.850,00	395,00	$ 11.850,00		
01/07/78	31/07/78	31	11.850,00	395,00	$ 12.245,00		
01/08/78	31/08/78	31	11.850,00	395,00	$ 12.245,00		
01/09/78	30/09/78	30	11.850,00	395,00	$ 11.850,00		
01/10/78	31/10/78	31	11.850,00	395,00	$ 12.245,00		
01/11/78	30/11/78	30	11.850,00	395,00	$ 11.850,00		
01/12/78	31/12/78	31	11.850,00	395,00	$ 12.245,00		
Total días		365			$ 144.175,00	$ 395,00	$ 11.850,00

				Año 1979			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/79	31/01/79	31	11.850,00	395,00	$ 12.245,00		
01/02/79	28/02/79	28	11.850,00	395,00	$ 11.060,00		
01/03/79	31/03/79	31	11.850,00	395,00	$ 12.245,00		
01/04/79	30/04/79	30	11.850,00	395,00	$ 11.850,00		
01/05/79	31/05/79	31	11.850,00	395,00	$ 12.245,00		
01/06/79	30/06/79	30	11.850,00	395,00	$ 11.850,00		
01/07/79	31/07/79	31	11.850,00	395,00	$ 12.245,00		

01/08/79	31/08/79	31	11.850,00	395,00	$ 12.245,00		
01/09/79	30/09/79	30	11.850,00	395,00	$ 11.850,00		
01/10/79	31/10/79	31	11.850,00	395,00	$ 12.245,00		
01/11/79	30/11/79	30	11.850,00	395,00	$ 11.850,00		
01/12/79	31/12/79	31	11.850,00	395,00	$ 12.245,00		
Total días		365			$ 144.175,00	$ 395,00	$ 11.850,00

				Año 1980			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/80	31/01/80	31	11.850,00	395,00	$ 12.245,00		
01/02/80	29/02/80	29	14.610,00	487,00	$ 14.123,00		
01/03/80	31/03/80	31	14.610,00	487,00	$ 15.097,00		
01/04/80	30/04/80	30	14.610,00	487,00	$ 14.610,00		
01/05/80	31/05/80	31	14.610,00	487,00	$ 15.097,00		
01/06/80	30/06/80	30	14.610,00	487,00	$ 14.610,00		
01/07/80	31/07/80	31	14.610,00	487,00	$ 15.097,00		
01/08/80	31/08/80	31	14.610,00	487,00	$ 15.097,00		
01/09/80	30/09/80	30	14.610,00	487,00	$ 14.610,00		
01/10/80	31/10/80	31	17.790,00	593,00	$ 18.383,00		
01/11/80	30/11/80	30	17.790,00	593,00	$ 17.790,00		
01/12/80	31/12/80	31	17.790,00	593,00	$ 18.383,00		
Total días		366			$ 185.142,00	$ 505,85	$ 15.175,57

				Año 1981			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/81	31/01/81	31	17.790,00	593,00	$ 18.383,00		
01/02/81	28/02/81	28	17.790,00	593,00	$ 16.604,00		
01/03/81	31/03/81	31	17.790,00	593,00	$ 18.383,00		
01/04/81	30/04/81	30	17.790,00	593,00	$ 17.790,00		
01/05/81	31/05/81	31	17.790,00	593,00	$ 18.383,00		
01/06/81	30/06/81	30	17.790,00	593,00	$ 17.790,00		
01/07/81	31/07/81	31	17.790,00	593,00	$ 18.383,00		
01/08/81	31/08/81	31	17.790,00	593,00	$ 18.383,00		
01/09/81	30/09/81	30	17.790,00	593,00	$ 17.790,00		
01/10/81	31/10/81	31	17.790,00	593,00	$ 18.383,00		
01/11/81	30/11/81	30	17.790,00	593,00	$ 17.790,00		
01/12/81	31/12/81	31	17.790,00	593,00	$ 18.383,00		
Total días		365			$ 216.445,00	$ 593,00	$ 17.790,00

				Año 1982			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/82	31/01/82	31	17.790,00	593,00	$ 18.383,00		
01/02/82	28/02/82	28	21.420,00	714,00	$ 19.992,00		
01/03/82	31/03/82	31	21.420,00	714,00	$ 22.134,00		
01/04/82	30/04/82	30	21.420,00	714,00	$ 21.420,00		
01/05/82	31/05/82	31	21.420,00	714,00	$ 22.134,00		
01/06/82	30/06/82	30	21.420,00	714,00	$ 21.420,00		
01/07/82	31/07/82	31	21.420,00	714,00	$ 22.134,00		
01/08/82	31/08/82	31	21.420,00	714,00	$ 22.134,00		

01/09/82	30/09/82	30	21.420,00	714,00	$ 21.420,00		
01/10/82	31/10/82	31	25.530,00	851,00	$ 26.381,00		
01/11/82	30/11/82	30	25.530,00	851,00	$ 25.530,00		
01/12/82	31/12/82	31	25.530,00	851,00	$ 26.381,00		
Total días		365			$ 269.463,00	$ 738,25	$ 22.147,64

				Año 1983			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/83	31/01/83	31	25.530,00	851,00	$ 26.381,00		
01/02/83	28/02/83	28	25.530,00	851,00	$ 23.828,00		
01/03/83	31/03/83	31	25.530,00	851,00	$ 26.381,00		
01/04/83	30/04/83	30	25.530,00	851,00	$ 25.530,00		
01/05/83	31/05/83	31	25.530,00	851,00	$ 26.381,00		
01/06/83	30/06/83	30	25.530,00	851,00	$ 25.530,00		
01/07/83	31/07/83	31	25.530,00	851,00	$ 26.381,00		
01/08/83	31/08/83	31	25.530,00	851,00	$ 26.381,00		
01/09/83	30/09/83	30	25.530,00	851,00	$ 25.530,00		
01/10/83	31/10/83	31	30.150,00	1.005,00	$ 31.155,00		
01/11/83	30/11/83	30	30.150,00	1.005,00	$ 30.150,00		
01/12/83	31/12/83	31	30.150,00	1.005,00	$ 31.155,00		
Total días		365			$ 324.783,00	$ 889,82	$ 26.694,49

				Año 1984			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/84	31/01/84	31	30.150,00	1.005,00	$ 31.155,00		
01/02/84	29/02/84	29	30.150,00	1.005,00	$ 29.145,00		
01/03/84	31/03/84	31	30.150,00	1.005,00	$ 31.155,00		
01/04/84	30/04/84	30	30.150,00	1.005,00	$ 30.150,00		
01/05/84	31/05/84	31	30.150,00	1.005,00	$ 31.155,00		
01/06/84	30/06/84	30	30.150,00	1.005,00	$ 30.150,00		
01/07/84	31/07/84	31	30.150,00	1.005,00	$ 31.155,00		
01/08/84	31/08/84	31	30.150,00	1.005,00	$ 31.155,00		
01/09/84	30/09/84	30	30.150,00	1.005,00	$ 30.150,00		
01/10/84	31/10/84	31	39.310,00	1.310,33	$ 40.620,33		
01/11/84	30/11/84	30	39.310,00	1.310,33	$ 39.310,00		
01/12/84	31/12/84	31	39.310,00	1.310,33	$ 40.620,33		
Total días		366			$ 395.920,67	$ 1.081,75	$ 32.452,51

				Año 1985			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/85	31/01/85	31	39.310,00	1.310,33	$ 40.620,33		
01/02/85	28/02/85	28	39.310,00	1.310,33	$ 36.689,33		
01/03/85	31/03/85	31	39.310,00	1.310,33	$ 40.620,33		
01/04/85	30/04/85	30	41.040,00	1.368,00	$ 41.040,00		
01/05/85	31/05/85	31	41.040,00	1.368,00	$ 42.408,00		
01/06/85	30/06/85	30	41.040,00	1.368,00	$ 41.040,00		
01/07/85	31/07/85	31	41.040,00	1.368,00	$ 42.408,00		
01/08/85	31/08/85	31	41.040,00	1.368,00	$ 42.408,00		
01/09/85	30/09/85	30	41.040,00	1.368,00	$ 41.040,00		

01/10/85	31/10/85	31	41.040,00	1.368,00	$ 42.408,00		
01/11/85	30/11/85	30	41.040,00	1.368,00	$ 41.040,00		
01/12/85	31/12/85	31	41.040,00	1.368,00	$ 42.408,00		
Total días		365			$ 494.130,00	$ 1.353,78	$ 40.613,42

				Año 1986			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/86	31/01/86	31	47.370,00	1.579,00	$ 48.949,00		
01/02/86	28/02/86	28	47.370,00	1.579,00	$ 44.212,00		
01/03/86	31/03/86	31	47.370,00	1.579,00	$ 48.949,00		
01/04/86	30/04/86	30	61.950,00	2.065,00	$ 61.950,00		
01/05/86	31/05/86	31	61.950,00	2.065,00	$ 64.015,00		
01/06/86	30/06/86	30	61.950,00	2.065,00	$ 61.950,00		
01/07/86	31/07/86	31	54.630,00	1.821,00	$ 56.451,00		
01/08/86	31/08/86	31	54.630,00	1.821,00	$ 56.451,00		
01/09/86	30/09/86	30	54.630,00	1.821,00	$ 54.630,00		
01/10/86	31/10/86	31	54.630,00	1.821,00	$ 56.451,00		
01/11/86	30/11/86	30	54.630,00	1.821,00	$ 54.630,00		
01/12/86	31/12/86	31	54.630,00	1.821,00	$ 56.451,00		
Total días		365			$ 665.089,00	$ 1.822,16	$ 54.664,85

				Año 1987			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/87	31/01/87	31	54.630,00	1.821,00	$ 56.451,00		
01/02/87	28/02/87	28	54.630,00	1.821,00	$ 50.988,00		
01/03/87	31/03/87	31	54.630,00	1.821,00	$ 56.451,00		
01/04/87	30/04/87	30	54.630,00	1.821,00	$ 54.630,00		
01/05/87	31/05/87	31	54.630,00	1.821,00	$ 56.451,00		
01/06/87	30/06/87	30	54.630,00	1.821,00	$ 54.630,00		
28/07/87	31/07/87	4	47.370,00	1.579,00	$ 6.316,00		
01/08/87	31/08/87	31	47.370,00	1.579,00	$ 48.949,00		
01/09/87	30/09/87	30	47.370,00	1.579,00	$ 47.370,00		
01/10/87	31/10/87	31	47.370,00	1.579,00	$ 48.949,00		
01/11/87	30/11/87	30	47.370,00	1.579,00	$ 47.370,00		
01/12/87	31/12/87	31	47.370,00	1.579,00	$ 48.949,00		
Total días		338			$ 577.504,00	$ 1.708,59	$ 51.257,75

$ 56.451,00				Año 1988			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/88	31/01/88	31	47.370,00	1.579,00	$ 48.949,00		
01/02/88	29/02/88	29	54.630,00	1.821,00	$ 52.809,00		
01/03/88	31/03/88	31	54.630,00	1.821,00	$ 56.451,00		
01/04/88	30/04/88	30	54.630,00	1.821,00	$ 54.630,00		
01/05/88	31/05/88	31	54.630,00	1.821,00	$ 56.451,00		
01/06/88	30/06/88	30	54.630,00	1.821,00	$ 54.630,00		
01/07/88	31/07/88	31	54.630,00	1.821,00	$ 56.451,00		
01/08/88	31/08/88	31	54.630,00	1.821,00	$ 56.451,00		
01/09/88	30/09/88	30	54.630,00	1.821,00	$ 54.630,00		
01/10/88	31/10/88	31	54.630,00	1.821,00	$ 56.451,00		

01/11/88	30/11/88	30	54.630,00	1.821,00	$ 54.630,00		
01/12/88	31/12/88	31	54.630,00	1.821,00	$ 56.451,00		
Total días		366			$ 658.984,00	$ 1.800,50	$ 54.015,08

				Año 1989			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/89	31/01/89	31	54.630,00	1.821,00	$ 56.451,00		
01/02/89	28/02/89	28	61.950,00	2.065,00	$ 57.820,00		
01/03/89	31/03/89	31	61.950,00	2.065,00	$ 64.015,00		
01/04/89	30/04/89	30	61.950,00	2.065,00	$ 61.950,00		
01/05/89	31/05/89	31	61.950,00	2.065,00	$ 64.015,00		
01/06/89	30/06/89	30	61.950,00	2.065,00	$ 61.950,00		
01/07/89	31/07/89	31	61.950,00	2.065,00	$ 64.015,00		
01/08/89	31/08/89	31	61.950,00	2.065,00	$ 64.015,00		
01/09/89	30/09/89	30	61.950,00	2.065,00	$ 61.950,00		
01/10/89	31/10/89	31	61.950,00	2.065,00	$ 64.015,00		
01/11/89	30/11/89	30	61.950,00	2.065,00	$ 61.950,00		
01/12/89	31/12/89	31	61.950,00	2.065,00	$ 64.015,00		
Total días		365			$ 746.161,00	$ 2.044,28	$ 61.328,30

				Año 1990			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/90	31/01/90	31	61.950,00	2.065,00	$ 64.015,00		
01/02/90	28/02/90	28	61.950,00	2.065,00	$ 57.820,00		
01/03/90	31/03/90	31	61.950,00	2.065,00	$ 64.015,00		
01/04/90	30/04/90	30	61.950,00	2.065,00	$ 61.950,00		
01/05/90	31/05/90	31	61.950,00	2.065,00	$ 64.015,00		
01/06/90	30/06/90	30	61.950,00	2.065,00	$ 61.950,00		
01/07/90	31/07/90	31	61.950,00	2.065,00	$ 64.015,00		
01/08/90	31/08/90	31	61.950,00	2.065,00	$ 64.015,00		
01/09/90	30/09/90	30	61.950,00	2.065,00	$ 61.950,00		
01/10/90	31/10/90	31	61.950,00	2.065,00	$ 64.015,00		
01/11/90	30/11/90	30	61.950,00	2.065,00	$ 61.950,00		
01/12/90	31/12/90	31	61.950,00	2.065,00	$ 64.015,00		
Total días		365			$ 753.725,00	$ 2.065,00	$ 61.950,00

				Año 1991			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/91	31/01/91	31	61.950,00	2.065,00	$ 64.015,00		
01/02/91	28/02/91	28	99.630,00	3.321,00	$ 92.988,00		
01/03/91	31/03/91	31	99.630,00	3.321,00	$ 102.951,00		
01/04/91	30/04/91	30	99.630,00	3.321,00	$ 99.630,00		
01/05/91	31/05/91	31	99.630,00	3.321,00	$ 102.951,00		
01/06/91	30/06/91	30	99.630,00	3.321,00	$ 99.630,00		
01/07/91	31/07/91	31	99.630,00	3.321,00	$ 102.951,00		
01/08/91	31/08/91	31	99.630,00	3.321,00	$ 102.951,00		
01/09/91	30/09/91	30	99.630,00	3.321,00	$ 99.630,00		
01/10/91	31/10/91	31	99.630,00	3.321,00	$ 102.951,00		
01/11/91	30/11/91	30	99.630,00	3.321,00	$ 99.630,00		

01/12/91	31/12/91	31	99.630,00	3.321,00	$ 102.951,00		
Total días		365			$ 1.173.229,00	$ 3.214,33	$ 96.429,78

				Año 1992			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/92	31/01/92	31	99.630,00	3.321,00	$ 102.951,00		
01/02/92	29/02/92	29	99.630,00	3.321,00	$ 96.309,00		
01/03/92	31/03/92	31	136.290,00	4.543,00	$ 140.833,00		
01/04/92	30/04/92	30	136.290,00	4.543,00	$ 136.290,00		
01/05/92	31/05/92	31	136.290,00	4.543,00	$ 140.833,00		
01/06/92	30/06/92	30	136.290,00	4.543,00	$ 136.290,00		
01/07/92	31/07/92	30	131.354,00	4.378,47	$ 131.354,00		
01/08/92	31/08/92	31	131.354,00	4.378,47	$ 135.732,47		
01/09/92	30/09/92	30	131.354,00	4.378,47	$ 131.354,00		
01/10/92	31/10/92	31	131.354,00	4.378,47	$ 135.732,47		
01/11/92	30/11/92	30	131.354,00	4.378,47	$ 131.354,00		
01/12/92	31/12/92	31	131.354,00	4.378,47	$ 135.732,47		
Total días		365			$ 1.554.765,40	$ 4.259,63	$ 127.788,94

				Año 1993			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/93	31/01/93	31	164.232,00	5.474,40	$ 169.706,40		
01/02/93	28/02/93	28	164.232,00	5.474,40	$ 153.283,20		
01/03/93	31/03/93	31	164.232,00	5.474,40	$ 169.706,40		
01/04/93	30/04/93	30	164.232,00	5.474,40	$ 164.232,00		
01/05/93	31/05/93	31	164.232,00	5.474,40	$ 169.706,40		
01/06/93	30/06/93	30	164.232,00	5.474,40	$ 164.232,00		
01/07/93	31/07/93	31	164.232,00	5.474,40	$ 169.706,40		
01/08/93	31/08/93	31	164.232,00	5.474,40	$ 169.706,40		
01/09/93	30/09/93	30	164.232,00	5.474,40	$ 164.232,00		
01/10/93	31/10/93	31	164.232,00	5.474,40	$ 169.706,40		
01/11/93	30/11/93	30	164.232,00	5.474,40	$ 164.232,00		
01/12/93	31/12/93	31	164.232,00	5.474,40	$ 169.706,40		
Total días		365			$ 1.998.156,00	$ 5.474,40	$ 164.232,00

				Año 1994			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/94	31/01/94	31	198.869,00	6.628,97	$ 205.497,97		
01/02/94	28/02/94	28	198.869,00	6.628,97	$ 185.611,07		
01/03/94	31/03/94	31	198.869,00	6.628,97	$ 205.497,97		
01/04/94	30/04/94	30	198.869,00	6.628,97	$ 198.869,00		
01/05/94	31/05/94	31	198.869,00	6.628,97	$ 205.497,97		
01/06/94	30/06/94	30	198.869,00	6.628,97	$ 198.869,00		
01/09/94	30/09/94	30	198.869,00	6.628,97	$ 198.869,00		
01/10/94	31/10/94	31	198.869,00	6.628,97	$ 205.497,97		
01/11/94	30/11/94	30	198.869,00	6.628,97	$ 198.869,00		
01/12/94	31/12/94	31	198.869,00	6.628,97	$ 205.497,97		
Total días		303			$ 2.008.576,90	$ 6.628,97	$ 198.869,00

				Año 1995			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/95	31/01/95	30	243.794,00	8.126,47	$ 243.794,00		
01/02/95	28/02/95	30	243.794,00	8.126,47	$ 243.794,00		
01/03/95	31/03/95	30	243.794,00	8.126,47	$ 243.794,00		
01/04/95	30/04/95	30	243.794,00	8.126,47	$ 243.794,00		
01/05/95	31/05/95	30	243.794,00	8.126,47	$ 243.794,00		
01/06/95	30/06/95	30	243.794,00	8.126,47	$ 243.794,00		
01/07/95	31/07/95	30	243.794,00	8.126,47	$ 243.794,00		
01/08/95	31/08/95	30	243.794,00	8.126,47	$ 243.794,00		
01/09/95	30/09/95	30	243.794,00	8.126,47	$ 243.794,00		
01/10/95	31/10/95	30	243.794,00	8.126,47	$ 243.794,00		
01/11/95	30/11/95	30	243.794,00	8.126,47	$ 243.794,00		
Total días		330			$ 2.681.734,00	$ 8.126,47	$ 243.794,00

				Año 1996			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/03/96	31/03/96	30	291.334,00	9.711,13	$ 291.334,00		
01/04/96	30/04/96	30	291.334,00	9.711,13	$ 291.334,00		
01/05/96	31/05/96	30	291.334,00	9.711,13	$ 291.334,00		
01/06/96	30/06/96	30	291.334,00	9.711,13	$ 291.334,00		
01/07/96	31/07/96	30	291.334,00	9.711,13	$ 291.334,00		
01/08/96	31/08/96	30	291.334,00	9.711,13	$ 291.334,00		
01/09/96	30/09/96	30	291.334,00	9.711,13	$ 291.334,00		
01/10/96	31/10/96	30	291.334,00	9.711,13	$ 291.334,00		
01/11/96	30/11/96	30	291.334,00	9.711,13	$ 291.334,00		
01/12/96	31/12/96	30	291.334,00	9.711,13	$ 291.334,00		
Total días		300			$ 2.913.340,00	$ 9.711,13	$ 291.334,00

				Año 1997			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/97	31/01/97	30	354.350,00	11.811,67	$ 354.350,00		
01/02/97	28/02/97	30	354.350,00	11.811,67	$ 354.350,00		
01/03/97	31/03/97	30	354.350,00	11.811,67	$ 354.350,00		
01/04/97	30/04/97	30	354.350,00	11.811,67	$ 354.350,00		
01/05/97	31/05/97	30	354.350,00	11.811,67	$ 354.350,00		
01/06/97	30/06/97	30	354.350,00	11.811,67	$ 354.350,00		
01/07/97	31/07/97	30	354.350,00	11.811,67	$ 354.350,00		
01/08/97	31/08/97	30	354.350,00	11.811,67	$ 354.350,00		
01/09/97	30/09/97	30	354.350,00	11.811,67	$ 354.350,00		
01/10/97	31/10/97	30	354.350,00	11.811,67	$ 354.350,00		
01/11/97	30/11/97	30	354.350,00	11.811,67	$ 354.350,00		
01/12/97	31/12/97	30	354.350,00	11.811,67	$ 354.350,00		
Total días		360			$ 4.252.200,00	$ 11.811,67	$ 354.350,00

				Año 1998			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual

01/01/98	31/01/98	30	417.000,00	13.900,00	$ 417.000,00		
01/02/98	28/02/98	30	417.000,00	13.900,00	$ 417.000,00		
	31/03/98	30	417.000,00	13.900,00	$ 417.000,00		
01/04/98	30/04/98	30	417.000,00	13.900,00	$ 417.000,00		
01/05/98	31/05/98	30	417.000,00	13.900,00	$ 417.000,00		
Total días		150			$ 2.085.000,00	$ 13.900,00	$ 417.000,00

CÁLCULO TODA LA VIDA LABORAL							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial (A)	IPC final (B)	B/A	Sueldo promedio mensual (K)	B/A * K	Salario anual
1967	338	0,13	44,72	341,84	$ 1.290,00	$ 440.971,62	$ 4.968.280,29
1968	366	0,14	44,72	318,97	$ 1.450,00	$ 462.501,18	$ 5.642.514,40
1969	365	0,15	44,72	299,46	$ 1.882,11	$ 563.623,13	$ 6.857.414,71
1970	365	0,16	44,72	275,68	$ 2.267,26	$ 625.046,62	$ 7.604.733,82
1971	365	0,17	44,72	258,67	$ 2.430,00	$ 628.562,58	$ 7.647.511,35
1972	366	0,20	44,72	226,83	$ 2.648,69	$ 600.814,00	$ 7.329.930,86
1973	365	0,22	44,72	198,99	$ 3.300,00	$ 656.679,44	$ 7.989.599,86
1974	365	0,28	44,72	160,37	$ 3.579,78	$ 574.088,46	$ 6.984.742,94
1975	365	0,35	44,72	126,92	$ 4.527,21	$ 574.601,98	$ 6.990.990,71
1976	366	0,41	44,72	107,77	$ 5.680,66	$ 612.203,74	$ 7.468.885,67
1977	365	0,52	44,72	85,69	$ 9.581,75	$ 821.097,01	$ 9.990.013,65
1978	365	0,67	44,72	66,58	$ 11.850,00	$ 788.951,20	$ 9.598.906,30
1979	365	0,80	44,72	56,22	$ 11.850,00	$ 666.209,81	$ 8.105.552,69
1980	366	1,02	44,72	43,65	$ 15.175,57	$ 662.406,69	$ 8.081.361,64
1981	365	1,29	44,72	34,68	$ 17.790,00	$ 617.002,91	$ 7.506.868,75
1982	365	1,63	44,72	27,43	$ 22.147,64	$ 607.417,43	$ 7.390.245,44
1983	365	2,02	44,72	22,11	$ 26.694,49	$ 590.276,04	$ 7.181.691,85
1984	366	2,36	44,72	18,96	$ 32.452,51	$ 615.237,84	$ 7.505.901,62
1985	365	2,79	44,72	16,03	$ 40.613,42	$ 650.940,51	$ 7.919.776,17
1986	365	3,42	44,72	13,09	$ 54.664,85	$ 715.513,52	$ 8.705.414,55
1987	338	4,13	44,72	10,82	$ 51.257,75	$ 554.722,56	$ 6.249.874,23
1988	366	5,12	44,72	8,73	$ 54.015,08	$ 471.339,56	$ 5.750.342,69
1989	365	6,57	44,72	6,81	$ 61.328,30	$ 417.683,90	$ 5.081.820,76
1990	365	8,28	44,72	5,40	$ 61.950,00	$ 334.529,21	$ 4.070.105,35
1991	365	10,96	44,72	4,08	$ 96.429,78	$ 393.388,89	$ 4.786.231,47
1992	365	13,90	44,72	3,22	$ 127.788,94	$ 411.058,35	$ 5.001.209,87
1993	365	17,40	44,72	2,57	$ 164.232,00	$ 422.175,94	$ 5.136.473,95
1994	303	21,33	44,72	2,10	$ 198.869,00	$ 416.950,15	$ 4.211.196,48
1995	330	26,15	44,72	1,71	$ 243.794,00	$ 416.931,16	$ 4.586.242,76
1996	300	31,24	44,72	1,43	$ 291.334,00	$ 417.044,58	$ 4.170.445,81
1997	360	38,00	44,72	1,18	$ 354.350,00	$ 417.013,97	$ 5.004.167,68
1998	150	44,72	44,72	1,00	$ 417.000,00	$ 417.000,00	$ 2.085.000,00
Total días	11250	IB.L 1998					$ 207.603.448,33
							$ 553.609,20
Pensión					Tasa de reemplazo	90%	$ 498.248,28

Valor	IPC INICIAL	IPC FINAL	FACTOR INDEX	MESADA 2020
$ 498.248,28	31,21	103,80	3,33	$ 1.657.102,56

Así las cosas, encontramos que el valor de la mesada pensional reconocida al actor por parte del extinto I.S.S. mediante la Resolución 004977 de 1999, por valor de **$376.580** a partir del 2 de junio de 1998, es inferior al resultante en esta instancia, esto es, **$498.248,28,** que a 2020

equivale a la suma de **$1'657.102,56** (fl.8), por lo que sería del caso imponer la suma señalada, sino fuera porque el juez de primera instancia tuvo en cuenta un valor inferior, **$1'613.977**, de manera que al no haber sido objeto de apelación tal suma por parte del accionante, y conocerse este aspecto en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, el mismo no será modificado. En consecuencia, se **CONFIRMARÁN** los numerales segundo y tercero de la sentencia.

BENEFICIARIO DEL RETROACTIVO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

En el plenario se encuentra acreditado que a través de conciliación entre el Banco de Bogotá S.A. y el accionante, a éste le fue reconocida una pensión de jubilación voluntaria por parte de su ex empleador BANCO DE BOGOTÁ S.A. a partir del 1 de julio de 1987 en la suma de $44.875 (fls.82 a 84). En dicha conciliación se dispuso:

> "3o. Que no obstante lo anterior han surgido entre las partes algunas diferencias sobre pensión de vejez y jubilación y para solucionarlas en forma completa ellas han llegado al siguiente acuerdo conciliatorio, definitivo y total:
>
> A pesar de que el Banco no está obligado a pagar al ex empleado pensión de jubilación o de vejez, ha decidido reconocer voluntariamente al referido trabajador una pensión de jubilación estrictamente temporal, equivalente a la suma de $44.875 mensuales, la cual se le pagará mientas viva pero solamente hasta el día 15 de mayo de 1998, o hasta el día en que sea pensionado por invalidez por el Instituto de los Seguros Sociales.
>
> No obstante el carácter temporal de la pensión de que se trata, a partir del fecha en que el Instituto de Seguros Sociales pague la pensión de vejez al extrabajador, el Banco pagará únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la dicha pensión de vejez, y la que venía siendo reconocida por el Banco de Bogotá, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5o del Decreto 2879 de Octubre 4 de 1985, por el cual se aprobó el Acuerdo No 29 de Septiembre 26 de 1985, emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, norma en virtud de la cual además el Banco continuará cotizando al I.S.S. por los riesgos de invalidez, vejez y muerte, conviniendo las partes que el Banco de Bogotá pagará el mayor valor aludido, siempre que el trabajador, dentro de los dos meses siguientes al cumplimiento de los 60 años de edad,

> presente al Instituto de Seguros Sociales la totalidad de la documentación que tal Instituto requiera para el reconocimiento de su pensión de vejez, acreditando este hecho dentro del citado término ante el Banco.
>
> También queda condicionado el pago del mayor valor de que se trata por parte del Banco, a que el extrabajador le reembolse a éste los valores que por efectos de la retroactividad de la pensión de vejez correspondan a dicho Banco en el término de 15 días contados a partir de la fecha de su recibo. De todas formas el extrabajador autoriza al Banco para que éste reciba y cobre del Instituto de Seguros Sociales los citados valores por concepto de retroactividad. En caso de que el Banco no reciba la citada retroactividad del extrabajador o del I.S.S., podrá aquel a su elección cesar el pago de que se ha hablado, en razón al acondicionamiento estipulado, o compensar tal valor con las mesadas que se causen a partir del vencimiento del término de los 15 días atrás pactado (...)".

En tales condiciones entiende la Sala que el Banco de Bogotá S.A. reconoció una pensión de jubilación voluntaria al accionante señalando que lo que no se podría extender más allá del 15 de mayo de 1998 sería el pago íntegro de tal prestación, pero no de forma alguna su mayor valor, teniendo la prestación en tal orden, la **característica de compartible**, pues este quedó supeditado a lo dispuesto en el Decreto 2879 de 1985 que aprobó el Acuerdo 29 del mismo año. En un caso de similares connotaciones la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4979-2018, señaló:

> "Ahora bien, teniendo en cuenta ese carácter compartido de las prestaciones, a la empresa demandante le asistía el deber de pagar de manera completa la pensión voluntaria hasta tanto el Instituto de Seguros Sociales reconociera la pensión de vejez, momento a partir del cual solo estaba obligada al pago del mayor valor entre una y otra prestación. Así lo establece diáfanamente el artículo 5 del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de 1985, y así quedó claramente consignado en el parágrafo 1 del artículo 5.1 del acta de conciliación suscrito entre las partes, según el cual *«...TEBSA procederá a pagar al pensionado la diferencia, si la hubiere, entre la Pensión Voluntaria de Jubilación y la Pensión que le reconozca el Sistema General de Pensiones.»*

En relación con el Acuerdo 29 de 1985, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia tiene pacíficamente adoctrinado que, las

pensiones reconocidas, bien sea, en convenciones colectivas, pactos colectivos, laudo arbitral o voluntariamente con posterioridad a la entrada en vigencia del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo, que lo fue el 17 de octubre de 1985 son, en principio y por regla general, compartidas con las que reconoce el subsistema general de seguridad social en pensiones, a menos que las partes de manera expresa hayan acordado lo contrario. En sentencia SL3650-2019, señaló:

> "Es preciso aclarar que la compartibilidad pensional opera por ministerio de la ley, «en aquellos eventos en que el derecho pensional se estructure [...] con posterioridad a la entrada en vigencia del Acuerdo 029 de 1985, normatividad que consagró la compartibilidad de pensiones de carácter extralegal con las de vejez que llegare a reconocer el ISS» (CSJ SL8768-2015, reiterada en las sentencias CSJ SL18455-2016, CSJ SL17085-2017 y CSJ SL2437-2018)".

Por su parte, el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, en consonancia con los artículos 5° y 2° de los Decretos 813 y 1160 de 1994, prevé la compartibilidad de las pensiones extralegales, señalando que los empleadores registrados en el I.S.S. que otorguen a sus trabajadores pensiones de jubilación reconocidas, bien sea, en convenciones colectivas, pactos colectivos, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando el asegurado cumpla los requisitos exigidos por el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez, caso en el que quedará a cargo del ex empleador únicamente el mayor valor.

De esta manera y dado que se reconoció al actor la pensión de jubilación por parte del BANCO DE BOGOTÁ S.A. el 1 de julio de 1987, es claro que al ser tal situación posterior al 17 de octubre de 1985, la prestación tiene el carácter de compartible, por lo que a favor del ex empleador únicamente estaba a cargo el mayor valor.

Ahora bien, y en relación con **la retroactividad**, le asiste razón al A Quo en cuanto a que el empleador que ha pagado un retroactivo de buena fe, puede solicitar su cobro, pues con ello lo que se busca es evitar que el pensionado quede desprotegido ante cualquier omisión de pago oportuno por parte del I.S.S. o Colpensiones, asumiendo una obligación que no le

correspondía como consecuencia del pago de una pensión compartida, tal y como lo ha expuesto la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, en sentencias del 17 de junio de 2008, Rad. 32654, del 23 de agosto de 2011, Rad. 45939, y en la SL4619-2017 que fue reiterada en la SL4979-2018, en la que se dispuso:

> "Con todo, cumple mencionar que en ningún error jurídico incurrió el Tribunal al considerar que si el ISS venía pagando la pensión convencional a la demandante hasta cuando se comenzó a pagar la pensión de vejez legal, los dineros del retroactivo pensional correspondían a la entidad empleadora y no a la demandante, criterio que se expresó en sentencia CSJ SL, 19 may. 2009 rad. 34249, reiterada en las providencias CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 42262 y, más recientemente, en la CSJ SL4962-2016, cuando la Corte adoctrinó:
>
> *La censura considera que el retroactivo pensional lo pagó la demandada, al empleador jubilante, el cual es un tercero, sin que exista disposición alguna que lo faculte para tal fin y que, además, la compartibilidad pensional no autoriza al ISS a disponer libremente de los dineros del trabajador;* ***frente a lo cual se aclara que no se puede confundir el retroactivo pensional, con la pensión misma, puesto que una vez definida la compartibilidad pensional, el valor de las mesadas pensionales cubiertas temporalmente por la empleadora, mientras el ISS asumió la pensión de vejez, no le corresponden al demandante****, así lo definió la Sala en la sentencia del 15 de junio de 2006, radicación 27311 y reiterada en la del 21 de noviembre de 2007, radicación 31891. En la primera de las sentencias aludidas se expresó:*
>
> *<De ahí que, la postura del Tribunal resulta sensata y no descabellada, toda vez que en puridad de verdad las sumas que el empleador cancela con posterioridad al momento en que comienza a operar el fenómeno de la compartibilidad, entre la pensión de jubilación que éste venía sufragando y la de vejez que reconozca el Instituto de Seguros Sociales, son las que en rigor debe cubrir la entidad de seguridad que asume el riesgo, debiendo volver lo pagado al patrimonio de la empresa una vez se formalice la subrogación.*
>
> *Lo que significa, que conforme a la ley y a partir de la asunción del riesgo de vejez para el ISS, desaparece la obligación de la empresa jubilante de continuar cubriendo las mesadas pensionales a su extrabajador, quedando a su cuenta únicamente el mayor valor si lo hubiere entre las dos pensiones; luego, si lo hizo fue para proteger al pensionado.*

Por consiguiente, como bien lo concluyó el ad quem, esos dineros del retroactivo cuando se está en presencia de pensiones compartibles y el empleador mantiene la cancelación de las mesadas, no pertenecen propiamente al afiliado, siendo razonable que se disponga el giro de este concepto a quien lo cubrió periódicamente sin estar obligado a ello, lo que de plano desvirtúa la cesión de derechos y por ende la aplicación del precepto legal que la prohíbe, además que con ello no se desconoce que el accionante sea el verdadero beneficiario del derecho pensional, cuyas mesadas continuará recibiendo a través de la entidad que legalmente le corresponde el pago>. (Negrillas del texto)

Con arreglo al anterior criterio jurisprudencial y en consideración a los supuestos fácticos que tuvo por demostrados el juez colegiado que no se controvierten en el cargo, estima la Sala que no se equivocó el Tribunal al concluir que el valor de las mesadas causadas en forma retroactiva solicitadas en la demanda, no pertenecían a la demandante sino al ISS, que como empleador continuó pagando la pensión de jubilación convencional mientras se reconocía la legal de vejez".

Es así como se considera que al estar en cabeza del Banco de Bogotá S.A. el mayor valor de la prestación, fue tal entidad quien asumió la omisión del I.S.S. al no liquidar la prestación de forma correcta a su trabajador, pues éste no se vio desamparado por su falta de pago al estar respaldado por su ex empleador. En efecto, nótese en la siguiente gráfica cómo el Banco de Bogotá S.A. aún conserva el pago de un mayor valor, y que a partir de 2020 debe reconocer una diferencia de $84.524,24, pues la prestación primigenia reajustada a tal anualidad hubiese arrojado una mesada de $1'698.501,24, miremos:

REAJUSTES			
FECHA FINAL	PENSIÓN BANCO BTÁ	REAJUSTE ANUAL	MAYOR VALOR
1.987	$ 44.875,00		
1.988	$ 51.660,45	CIRCULAR 001 DE 1987. MIN. TRABAJO	
1.989	$ 65.608,77	27,00%	
1.990	$ 82.667,05	26,00%	
1.991	$ 104.210,09	26,06%	
1.992	$ 131.304,71	26,00%	
1.993	$ 164.130,89	25,00%	
03/1994	$ 198.746,09	21,09%	
1.994	$ 243.642,83	22,59%	
1.995	$ 298.681,75	19,46%	
1.996	$ 356.805,21	21,63%	
1.997	$ 433.982,18	17,68%	
1.998	$ 510.710,23	16,70%	
1.999	$ 595.998,84	9,23%	
2.000	$ 651.009,53	8,75%	
2.001	$ 707.972,87	7,65%	
2.002	$ 762.132,79	6,99%	
2.003	$ 815.405,87	6,49%	
2.004	$ 868.325,71	5,50%	
2.005	$ 916.083,63	4,85%	

2.006	$ 960.513,68	4,48%	
2.007	$ 1.003.544,70	5,69%	
2.008	$ 1.060.646,39	7,67%	
2.009	$ 1.141.997,97	2,00%	
2.010	$ 1.164.837,93	3,17%	
2.011	$ 1.201.763,29	3,73%	
2.012	$ 1.246.589,06	2,44%	
2.013	$ 1.277.005,83	1,94%	
2.014	$ 1.301.779,75	3,66%	
2.015	$ 1.349.424,89	6,77%	$ 67.193,89
2.016	$ 1.440.768,66	5,75%	$ 71.730,66
2.017	$ 1.523.575,51	4,09%	$ 75.817,51
2.018	$ 1.585.889,75	3,18%	$ 78.918,75
2.019	$ 1.636.321,04	3,80%	$ 81.429,04
2.020	$ 1.698.501,24		$ 84.524,24

Finalmente, se aclara que pese a que se llamó al BANCO DE BOGOTÁ S.A. como **litisconsorte necesario,** nada impide que en la realidad se le tenga su intervención como ad excludendum, pues ante la manifestación de que el retroactivo que se causara debe reconocerse a su favor, se entiende que era su intención el reconocimiento de la prestación. Al respecto, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL7100-2017, dijo:

> "[...] le asiste razón a la censura en el reproche que le formula al Tribunal, porque del trascurrir del proceso en las instancias, dimana con claridad que Amparo Agredo Sánchez reclamó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en sede administrativa ante el Instituto de Seguros Sociales y, en sede judicial, en el proceso que adelantó la demandante primigenia.
>
> Es que bajo ninguna perspectiva se puede desconocer que la causa eficiente del trámite judicial que ocupa la atención de la Sala, no fue otro que el de definir entre las reclamantes, cuál de las dos acreditó la convivencia durante el espacio temporal exigido por la ley para el efecto, sin que el ISS ni la demandante Carmen Meneses estuvieren privados de ejercer su derecho de defensa y contradicción, conforme las reglas del debido proceso.
>
> De manera que, si la señora Agredo Sánchez al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las súplicas impetradas por Meneses de Solarte y también presentó sus pretensiones, era deber del Juez estudiar y definir el derecho en disputa; lo contrario implica denegación del acceso a la administración de justicia de quien ha cumplido con las exigencias procedimentales para formar parte del litigio, sin dar prevalencia al derecho sustancial, como lo dispone claramente el artículo 228 de la Constitución Política".

Prescripción

El artículo 151 del C.P.T y de la S.S dispone que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán

desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible; y que el simple reclamo escrito sobre un derecho o prestación debidamente determinado interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.

En el plenario, encontramos que el demandante elevó reclamación de reliquidación pensional el 18 de octubre de 2017 (fl.6), de manera que con tal pedimiento logró interrumpir la extinción de las mesadas causadas con anterioridad al mismo día y mes del 2014, por lo que sería del caso ordenar el reconocimiento prestacional desde tal fecha, sino fuera porque el apelante de tal punto es Colpensiones y el A Quo declaró en el numeral primero de la sentencia estudiada que se declaraba probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las diferencias pensionales causadas hasta 23 de mayo de 2015, por manera que, en virtud del principio de la no reformatio in pejus no es dable la modificación de tal condena.

Al punto, se aclara que nada impedía que el trabajador a nombre del empleador presentara petición del respectivo retroactivo, pues éste tenía un interés en que el BANCO DE BOGOTÁ S.A. siguiera pagando la prestación, de conformidad con lo pactado en la conciliación celebrada el 27 de julio de 1987, en la que expresamente se señaló:

> "(...) el Banco continuará cotizando al I.S.S. por los riesgos de invalidez, vejez y muerte, conviniendo las partes que el Banco de Bogotá pagará el mayor valor aludido, siempre que el trabajador, dentro de los dos meses siguientes al cumplimiento de los 60 años de edad, presente al Instituto de Seguros Sociales la totalidad de la documentación que tal Instituto requiera para el reconocimiento de su pensión de vejez, acreditando este hecho dentro del citado término ante el Banco.
>
> También queda condicionado el pago del mayor valor de que se trata por parte del Banco, a que el extrabajador le reembolse a éste los valores que por efectos de la retroactividad de la pensión de vejez correspondan a dicho Banco en el término de 15 días contados a partir de la fecha de su recibo. De todas formas el extrabajador autoriza al Banco para que éste reciba y cobre del Instituto de Seguros Sociales los citados valores por concepto de retroactividad. En caso de que el Banco no reciba la citada retroactividad del extrabajador o del I.S.S., podrá aquel a su elección cesar el pago de que se ha hablado, en razón al acondicionamiento estipulado, o compensar tal valor

con las mesadas que se causen a partir del vencimiento del término de los 15 días atrás pactado (...)".

COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

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

Frente al valor de las agencias en derecho, la Sala se abstendrá de hacer pronunciamiento por considerar que no es la oportunidad procesal para tal efecto, pues no estamos aún frente al auto que aprueba costas respecto de las agencias en derecho, providencia que es apelable conforme al numeral 11 del artículo 65 del C.P.T y de la S.S, y el inciso 5° del artículo 366 del C.G.P.

Por lo brevemente expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia.

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.

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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.
Magistrada Sustanciadora.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente)**, a estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de junio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que JORGE ONEL ARISTIZABAL MONTES promoviese contra la ADMINSTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda, la activa aspira a que se le reconozca la pensión de vejez en aplicación al principio de favorabilidad, le sea reconocido el retroactivo pensional a partir de la causación del derecho, se condene al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, así como la indexación de los valores reconocidos.

Así mismo, solicita se condene a Colpensiones a realizar el cobro coactivo y se corrijan e incorporen todos los periodos acreditados en la historia laboral del accionante.

Como fundamento de las pretensiones la activa argumentó, en síntesis, que en su historia laboral se reflejan inconsistencias en los periodos que allí indica, por lo que mediante formulario de solicitud de fecha 26 de junio de 218 solicitó la corrección de la historia laboral, sin que a la

fecha de presentación de la demanda dicha entidad se hubiese pronunciado al respecto.

Indicó que es beneficiario del régimen de transición y que cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pues cuenta con 500 semanas cotizadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad para la pensión.

Adujo que mediante petición del 08 de junio de 2018 solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual le fue negada mediante Resolución SUB 241728 del 14 de septiembre de 2018, aduciendo que no cumplía con los requisitos para acceder a la prestación, por lo que mediante revocatoria directa de fecha 17 de diciembre de 2018 se solicitó nuevamente a dicha entidad el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual fue negada nuevamente mediante Resolución SUB 329432 del 24 de diciembre de 2018.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA

COLPENSIONES (fls. 36-43)

Se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la innominada o genérica.

En su defensa expuso que, la norma aplicable al presente asunto resulta ser el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que regula como requisitos para acceder a la pensión de vejez.

Indicó que el demandante actualmente cuenta con 65 años de edad y acredita 983 semanas de cotización, por lo que, si bien tiene la edad para acceder a la pensión no acredita las 1.300 semanas de cotización, por lo que no cumple con los requisitos legales para acceder a la pensión.

Frente a las inconsistencias en la historia laboral que manifiesta el demandante, se tiene que cada uno de los tiempos que argumenta se encuentran debidamente incluidos en su historia laboral.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El ***A quo*** dictó sentencia ABSOLUTORIA.

Para adoptar tal determinación, la Juez de primer grado indicó, en síntesis, que conforme las pretensiones de la demanda y de una revisión de la historia laboral del demandante, se constata que aparecen periodos que no fueron cotizados, por lo que la única dependencia para incluir esos periodos en la historia laboral sería la Gerencia Nacional de Historia Laboral del ISS,

hoy Colpensiones, por lo que es ante esta entidad que deber adelantar la solicitud de probar las inconsistencias presentadas.

Se remitió a la historia laboral actualizada obrante a folio 39 (disco compacto), la cual contiene la siguiente información:

- el mes de junio de 1975 con el empleador Jorge Gualtero aparece demostrado
- el mes de febrero de 1992 con la empleadora Rosa Buitrago aparece cotizado.
- con el empleador Héctor Castro aparecen acreditados los periodos de febrero 1997 y enero de 1999 y los de enero a mayo de 2009.
- También aparecen probados, no con el empleador Osvaldo como lo menciona el demandante en su escrito inicial, sino que corresponde a los periodos de enero y febrero de 2009, los cuales fueron cotizados por el mismo afiliado en calidad de trabajador independiente.

Por lo anterior, indica, como en la historia laboral aparecen debidamente relacionados esos periodos no hay lugar a imponer a Colpensiones para que adelante cobro coactivo de esos periodos, pues aparecen debidamente reflejados en la historia laboral.

Frente al periodo reclamado con el empleador Héctor Castro, de febrero a diciembre de 2000 y de abril a diciembre de 2001 y que se reflejan en la historia laboral en cero, revisado el expediente administrativo allegado a folio 39 (disco compacto) se tiene que obra reporte de Colpensiones en el que se indicó: *"nos permitimos informar que una vez verificadas nuestras bases de datos, no se evidencia pago efectuado por dicho empleador para ese ciclo, razón por la cual no se contabilizan en su historia laboral, es de aclarar al respecto que es posible que se haya dado el pago por parte del empleador pero en lo que el mismo presenta inconsistencias como error en los datos o falta de detalles frente a los afiliados sobre los cuales se efectuó el pago y en tal sentido nuestro sistema no registra la aplicación de los mismos, mostrándolo como debe , por lo cual se requería al empleador el pago de los ciclos correspondientes, si es al lugar"*.

Con lo anterior, indica el a quo, Colpensiones no desconoce que al demandante lo unió un vínculo laboral con el mentado empleador, pues de eso da cuenta el reporte de afiliación y semanas cotizadas, por lo que tenia la obligación de efectuar el empleador los aportes correspondientes, circunstancia que si no se efectuó transmitía al demandado la obligación de adelantar el correspondiente cobro de esos períodos.

Adujo que, por lo antes expuesto, se remite a la historia laboral donde se tiene como extremo temporal de la relación laboral del demandante con el señor Castro el mes de febrero de 1997 y, conforme la información que allí reposa, se mantuvo hasta el 31 de marzo de 2001, sin que obre información de desvinculación o novedades, lo que significa que

Colpensiones esta facultada para cobrar coactivamente dichos periodos sin que esté facultada para desconocerlos bajo el argumento de que no aparecen demostrados o no aparecen cubiertos, por lo que deben considerarse los aportes de dichos periodos, que corresponden a un total de 94.38 semanas, tiempo que será incluido en la sumatoria de semanas para determinar si el actor cumple los requisitos para la prestación deprecada.

Expuso que, el demandante nació el 18 de diciembre de 1951, lo que significa que al 1° de abril de 1994 tenía 42 años de edad, ahora, conforme el parágrafo transitorio 4 del artículo 48 de la Constitución Política, el cual fue modificado por el artículo 1° del acto legislativo 01 de 2005, el régimen de transición previsto en la ley 100 de 1993, se extendía por excepción hasta el 31 de diciembre del año 2014, siempre que se demostrara que para el 25 de julio de 2005 el afiliado contaba con 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios.

Indicó que en este caso, contabilizando el tiempo de servicio que se refleja en la historia laboral más las 94.8 semanas que deben ser computadas, como antes se dijo, el demandante, para el 25 de julio de 2005 sólo alcanzó a reunir 735.16 semanas y en tal medida, la única posibilidad para acceder al derecho pensional es demostrar que cumplió con los requisitos de edad y densidad de cotizaciones antes del 31 de julio de 2010, pues no lo cobijaba el beneficio hasta el 31 de diciembre de 2014.

Reiteró que el demandante nació el 18 de diciembre de 1951, por lo que en principio tuvo la calidad de beneficiario del régimen de transición y por ello, para efectos del reconocimiento de su pensión de vejez le resultaba aplicable el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en cuyo artículo 12 se establecía que tendría derecho a la pensión (en el caso de los hombres), aquellos que cumplieran 60 años de edad y demostraran un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o acreditar un total de 1000 semanas cotizadas en cualquier momento, de manera que el demandante cumplió 60 años el 18 de diciembre de 2011, es decir, cumplió la edad con posterioridad al 31 de julio de 2010, fecha en la que debía acreditar los requisitos para hacerse acreedor de una pensión con base en el régimen de transición.

Adujo que el demandante acreditó en total 921.09 semanas cotizadas, pero solo acreditó 735 semanas dentro el período que se analiza, donde debió acreditar 750 semanas, lo que conlleva a la conclusión de que el demandante no logró mantener su condición de beneficiario del régimen de transición y por ello no logró demostrar las condiciones previstas en el Acuerdo 049 de 1990, razón por la cual el demandante no puede aspirar a una pensión en el marco de dicha norma, quedándole como única alternativa continuar cotizando para acceder a la pensión con base en los requisitos de la Ley 797 de 2003.

4. APELACIÓN

DEMANDANTE

Solicita se tenga en cuenta la fecha del 27 de julio de 2015, donde se efectuó la historia laboral que no había sido corregida, reporte de semanas cotizadas de 1967 al 2015, historia laboral que se tuvo como prueba para identificar los períodos no pagados por Colpensiones.

Indicó que en dicha historia laboral se observa un conteo de 786.29 semanas y solamente se va a referir a los períodos de Héctor Castro con sus extremos laborales, pues el juzgado de primer grado desconoce que fueron hasta el 31 de junio de 2002, por lo que los períodos que no se efectuaron las correcciones fueron:

- Del 01 de febrero 1997 al 28 de febrero de 1997, donde la historia laboral aparece 0.43, hicieron falta 4 semanas;
- del periodo de 01 de marzo de 1997 al 31 de diciembre de 1997 donde aparece 42 semanas está perfecto,
- Del 01 de enero de 1998 al 31 de enero de 1998, aparecen 4.29 semanas, eso quiere decir que hasta ahí, haría falta lo siguiente:
- Del 01 de enero de 1999 al 31 de enero de 1999 aparecen 1.86 semanas, haciendo falta 3 semanas;
- Del 01 de febrero de 1999 al 31 de diciembre de 1999, aparecen 4.29 semanas, haciendo falta 47 semanas,
- Del 01 de enero de 2000 al 31 de diciembre de 2000, aparecen 0 semanas, haciendo falta 51. 43 semanas,
- Del 01 de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2001 aparecen 0 semanas, haciendo falta 51,43 semanas,
- Del 01 de enero de 2002 al 30 de junio de 2002, hacen falta 25.68 semanas.

Por lo anterior, indica que si se hace un conteo completo de estas semanas y corregidas, el demandante tiene un total de 980 semanas cotizadas, partiendo del punto de 786 semanas ya reconocidas en la historia laboral, ya sumadas con la anterior, lo que da un total de 214 semanas, para un total 936 semanas, lo que significa que sí cuenta con las 500 semanas cotizadas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

Solicita se revise la historia laboral del año 2015, donde se reflejan períodos no pagos, donde se sustentó posteriormente mediante oficio de Colpensiones, diciendo que evidentemente el empleador estaba en mora de no pago, y donde se sustente que el extremo laboral va hasta el 30 de junio de 2002 y no hasta diciembre de 2001 como lo hizo el juez de primera instancia, quien aduce que no tuvo en cuenta la historia laboral del año 2015, donde reflejo los extremos laborales del 01 de febrero de 1997 al 30 de junio de 2002, además que las 786 semanas más las corregidas que da

214 semanas, se tiene entonces que dentro de los últimos 20 años anteriores a la edad el demandante tiene las 500 semanas requeridas por el Acuerdo 049 de 1990.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de noviembre de 2020, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar mediante proveído del 18 de enero de 2021, el que fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteraron lo expuesto en 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 finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar los recursos.

III. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior, la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** por resolver se circunscriben a determinar: (i) si se desconoció que la finalización de la relación laboral con el empleador Héctor Castro acaeció el 31 de junio de 2002, (ii) si la historia laboral expedida por Colpensiones registra semanas en mora de dicho empleador, y en tal caso, (iii) si esos periodos deben tenerse en cuenta para determinar el derecho a la causación de la pensión de vejez y (iv) si el actor satisfizo los requisitos para acceder a ella bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990.

De la relación laboral con Héctor Castro

El argumento principal presentado por el apelante radica en el hecho que el a quo desconoció que la finalización de la relación laboral del demandante con el empleador Héctor Castro acaeció el 31 de junio de 2002 y no el 31 de marzo de 2001, como se indicó en la sentencia de primer grado.

Al respecto ha de decirse que, es reiterada y pacífica la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, que sostiene que la afiliación a la seguridad social no implica necesariamente la existencia de una relación laboral.

Frente al particular, recientemente, en sentencia SL 676-2021 radicación 57957, dicha Corporación expresó:

> *"(...) la Corte ha señalado que la sola inscripción al sistema de seguridad social en salud es insuficiente para establecer una relación laboral subordinada, sobre todo si se carece de otros elementos que así lo indiquen, como aquí ocurre (CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 24313, CSJ SL, 5 feb. 2009, rad. 35066 y CSJ SL, 15 mar. 2011, rad. 37067). Precisamente, en la última decisión aludida la Corte asentó:*
>
> > *En cuanto a los documentos de folios 2 a 6 del cuaderno 1, que contienen los periodos de afiliación al régimen de pensiones, específicamente al Instituto de Seguros Sociales del actor, debe reiterar la Corte Suprema de Justicia que dicha inscripción no implica per sé la celebración de un contrato de trabajo, por lo que no constituye plena prueba para acreditar que el promotor del litigio estuvo vinculado como trabajador y mucho menos que prestó efectivamente los servicios hasta una determinada fecha."*

Ahora bien, respecto de la historia laboral, ha de indicarse que este es un elemento de prueba definitivo para el acceso a las prestaciones derivadas del sistema de seguridad social pensional, dado que en ella se reflejan las cotizaciones realizadas por el afiliado en determinados periodos y montos, por lo que la jurisprudencia ha considerado de manera reiterada que es deber de las entidades administradoras brindar una información clara, actual y completa de la información allí contenida, pues de ello depende que el afiliado pueda adquirir el status de pensionado.

Frente a la obligación de conservación de la información laboral, se ha pronunciado la H. Corte Constitucional, como por ejemplo en sentencia T-470 del 2019, en la que indicó:

"(...) la obligación de conservación de la información laboral también se predica respecto de las entidades administradoras de fondos de pensiones, a quienes les corresponde un deber de protección y diligencia. Ello con el objeto de que los datos consignados sean completos y veraces (...)"

De la mora del empleador en las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones

En múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha enseñado que, cuando un empleador incumple con su obligación de cotizar al sistema general de seguridad social y la entidad administradora se abstiene de ejecutar las acciones de cobro, las semanas reportadas en mora deben contabilizarse a favor del afiliado a efectos de reconocer la pensión de vejez.

En sentencia SL 759 de 2018, rad. 62555, se expuso:

> *"sobre el punto jurídico en cuestión, esto es, la mora del empleador en el pago de cotizaciones al sistema pensional, esta Corporación de forma reiterada ha señalado que las administradoras de pensiones deben agotar diligente y oportunamente las gestiones de cobro ante los*

empleadores, de suerte que, de omitirse esta obligación, deben responder por el pago de la prestación a que haya lugar, según la normativa aplicable.

En ese sentido se refirió la jurisprudencia de esta Sala, poco menos de una década atrás en providencia CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 32384, postura que ha reiterado invariable y pacíficamente desde entonces, en las sentencias CSJ SL907-2013, CSJ SL5429-2014, CSJ SL16814-2015, CSJ SL8082-2015, CSJ SL4818-2015, CSJ SL15718-2015, CSJ SL11627-2015, CSJ SL16814-2015, CSJ SL13266-2016, CSJ SL 4952-2016, CSJ SL6469-2016, CSJ SL15980-2016, CSJ SL17488-2016, CSJ SL13877-2016, CSJ SL685-2016, CSJ SL3707-2016, CSJ SL4892-2016, CSJ SL5166-2016, CSJ SL685-2017, CSJ SL3707-2017, CSJ SL4892-2017 y CSJ SL5166-2017, entre otras.

Bajo esa línea jurisprudencial queda claro entonces que, a efectos de contabilizar las semanas cotizadas por el afiliado a fin de verificar si cumple o no con los presupuestos legales tendientes a obtener el derecho pensional, deben tenerse en cuenta a más de las consignadas oportunamente, las que se encuentran en mora, dada la falta de gestión de cobro por parte de la administradora a la que se encuentre vinculado.

Ello es así, en criterio de la Corte, porque la cotización al sistema de pensiones se origina con la actividad que como trabajador despliega el afiliado, de manera que los aportes son consecuencia inmediata de la prestación del servicio en cuyo pago y recaudo, tienen obligación empleadores y administradoras.

No se trata, como lo sugiere la censura, que la Corte avale el reconocimiento y pago de pensiones a cargo de las administradoras de pensiones, desconociendo la obligación que tiene los empleadores de efectuar las cotizaciones, pues a la conclusión cuya revisión impetra el recurrente, ha llegado la Corporación por el ejercicio hermenéutico de las normas que armónicamente integran el sistema e imponen obligaciones a unas y otros para garantizar el derecho a la pensión de los trabajadores, así como para afianzar el equilibrio financiero del sistema en el que insoslayablemente tienen interés los fondos de pensiones, con el objetivo de lograr la eficiencia de su funcionamiento en beneficio propio y, además, como valor o principio supremo, para cumplirle a sus afiliados con el pago de las prestaciones a su cargo.

Por ello, se impone a las administradoras de pensiones la ineludible obligación de iniciar las acciones de cobro pertinentes, cuando el empleador se sustraiga de su cancelación o de su pago oportuno. Para el cumplimiento de esa gestión, el sistema de seguridad social les otorgó a dichos entes herramientas jurídicas suficientes para desplegar control, requerir a los morosos e iniciar acciones de cobro, además de contemplar en su favor, intereses o multas.

Es por lo anterior que esta Sala de la Corte ha reiterado que al concurrir las obligaciones antedichas en empleadores (pago de aportes) y administradoras (cobro de aportes en mora), su incumplimiento no puede afectar al afiliado quien cumplió con lo propio, esto es, trabajo y aporte

al sistema de pensiones previamente descontado del pago mensual de su salario."

Del régimen de transición y los requisitos para acceder a la pensión de vejez bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990

El régimen de transición se encuentra regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual, en el aparte pertinente, dispone:

"(...) La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley. (...)"

Dicho régimen de transición encontró una limitante en el parágrafo transitorio 4 del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política. En dicha norma se estableció:

"Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

"Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen".

Ahora bien, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, establecía los requisitos que debían cumplir los afiliados para pensionarse bajo dicha norma, la cual establece:

"Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,
b) *Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo."*

IV. EL CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, ha de decirse que revisada la prueba documental arrimada al plenario, existen multiplicidad de historias laborales que reportan información distinta respecto al número de semanas o cotizaciones efectuadas por el empleador Héctor Castro.

Al reparar en aquellas del año 2015 de fechas 01 y 27 de julio (fls. 39 y 11 - respectivamente) se observa que se reporta, para dicho empleador los siguientes periodos de afiliación: del 01/02/1997 al 30/06/2002, que al ser contrastadas con las más recientes del año 2018 (fl. 39), se evidencia una distinción entre una y otra, ya que en estas últimas se reportan las cotizaciones del mentado empleador del 01/02/1997 al 30/06/1999, del 01/09/1999 al 31/10/1999, del 01/12/1999 al 31/01/2000, y del 01/03/2001 al 31/03/2001.

Ahora bien, atendiendo los argumentos de la censura, y conforme la jurisprudencia citada en las consideraciones de esta decisión, la sola inscripción al sistema de seguridad social, no implica, per se, la existencia de una relación laboral, en este caso del demandante con el señor Héctor Castro, sin que dentro del plenario el demandante hubiese allegado medio de prueba alguno que demostrara que la relación laboral que pudo haber existido entre el accionante y el señor Castro hubiese finalizado el 31 de junio de 2002, tal y como lo solicita en su recurso.

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 el actor estaba en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar los extremos temporales de la relación laboral que lo unió con el señor Héctor Castro, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Así las cosas, se procede a revisar la última historia laboral – reporte de semanas cotizadas allegada por Colpensiones de fecha 13 de noviembre de 2018 (fl. 39), se indica que el accionante cuenta con 826.71 semanas de cotización, sin embargo, atendiendo lo manifestado en el recurso, como quiera que se indica que para el empleador Héctor Castro hacen falta el computo de algunas semanas, y teniendo en cuenta que es la administradora de fondos de pensiones la responsable de contabilizar las semanas que no fueron pagadas por el empleador que afilió al trabajador, al no haber hecho las gestiones de cobro correspondientes, se procederá a verificar dicha situación.

Por lo anterior, una vez revisado el reporte de semanas en mención, se encuentra que el empleador Héctor Castro cotizó las siguientes fechas:

19469646	HECTOR HELI CASTRO B	01/02/1997	28/02/1997	$17.200	0.43	0.00	0,00	0.43
19469646	HECTOR HELI CASTRO B	01/03/1997	31/12/1997	$172.005	42.86	0.00	0,00	42.86
19469646	HECTOR HELI CASTRO B	01/01/1998	31/01/1998	$203.825	4.29	0.00	0,00	4.29
19469646	HECTOR ELI CASTRO EU	01/02/1998	28/02/1998	$203.000	4.29	0.00	0,00	4.29
19469646	HECTOR HELI CASTRO B	01/03/1998	30/04/1998	$203.825	8.57	0.00	0,00	8.57
19469646	HECTOR HELI CASTRO B	01/05/1998	31/05/1998	$204.000	4.29	0.00	0,00	4.29
19469646	HECTOR HELI CASTRO B	01/06/1998	30/06/1998	$203.825	4.29	0.00	0,00	4.29
19469646	HECTOR HELI CASTRO B	01/07/1998	31/07/1998	$204.000	4.29	0.00	0,00	4.29
19469646	HECTOR HELI CASTRO B	01/09/1998	31/12/1998	$203.825	21.43	0.00	0,00	21.43
19469646	HECTOR HELI CASTRO B	01/01/1999	28/02/1999	$235.000	8.57	0.00	0,00	8.57
19469646	HECTOR HELI CASTRO B	01/03/1999	30/06/1999	$235.460	12.29	0.00	0,00	12.29
19469646	HECTOR HELI CASTRO B	01/09/1999	31/10/1999	$235.460	4.29	0.00	0,00	4.29
19469646	HECTOR HELI CASTRO B	01/12/1999	31/12/1999	$235.460	4.29	0.00	0,00	4.29
19469646	HECTOR HELI CASTRO B	01/01/2000	31/01/2000	$252.100	4.29	0.00	0,00	4.29
19469646	HECTOR HELI CASTRO B	01/03/2001	31/03/2001	$285.000	4.29	0.00	0,00	4.29

Ahora bien, de la revisión de dichos periodos, se encuentra que algunos de ellos no se cotizaron correctamente, tales como:

- Del 01/02/1997 al 28/02/1997 se reportaron 0.43 semanas, por lo que debe contabilizarse 4.29 semanas.
- Del 01/03/1999 al 30/06/1999 se reportaron 12.29 semanas, debiendo contabilizarse 17.16 semanas.
- Del 01/09/1999 al 31/10/1999 se reportaron 4.29, debiendo contarse 8.57 semanas.

Así las cosas, contabilizando las semanas dejadas de tener en cuenta en el reporte de semanas cotizadas de fecha 13 de noviembre de 2018 (fl. 39), se tiene que el señor Aristizábal Montes cuenta con un total de 839.73 semanas de cotización.

Ahora bien, ha de verificar esta Sala si el accionante era beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, encontrándose que a folio 23 obra copia del documento de identidad del señor Jorge Onel, que da cuenta que nació el 18 de diciembre de 1951, por lo que al 1° de abril de 1994, contaba con 42 años, 3 meses y 11 días, cumpliendo el requisito establecido en la norma antes indicada, siendo beneficiario del régimen de transición consagrado en esta, razón por la que la edad, el tiempo de servicios o las semanas cotizadas, y el monto de la pensión a que pueda tener derecho son los contemplados en el régimen anterior al que venía afiliado.

Así las cosas, se procede a verificar si el demandante cumple con los requisitos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 para efectos de acceder a la pensión de vejez solicitada, esto es tener 60 o más años de edad en el caso de los hombres y un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o haber acreditado un número de 1000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Las anteriores exigencias, conforme lo dispuesto por el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, debían cumplirse antes del 31 de julio de 2010 y en caso de que los afiliados que no hubieren a la anterior fecha

cumplido requisitos para pensionarse, se les otorgaba la posibilidad de hacerlo y extendérseles el régimen de transición hasta diciembre del año 2014, siempre y cuanto tuvieran cotizadas 750 semanas a 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

En este caso, para que al demandante le fuera extendido el régimen de transición debía acreditar que para el 25 de julio de 2005 contaba con 750 semanas cotizadas, sin embargo, conforme resumen de semanas cotizadas a 13 de noviembre de 2018 (fl. 39), contabilizando las semanas arriba mencionadas y las que refirió el a quo en la sentencia de primer grado, para dicha data contaba con 715.65 semanas, tiempo incluso menor al que fue indicado en la sentencia de primer grado, por lo que el demandante no cumple con las condiciones para que el régimen de transición, del que era beneficiario, se le extendiera hasta diciembre del 2014.

Así las cosas, se tiene que acertada resulta la decisión de primer grado y en tal sentido se CONFIRMARÁ.

V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condenará en costas al demandante.

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,**

R E S U E L V E

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme lo razonado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante.

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**

AUTO

Se fijan como agencias en derecho a cargo de la parte demandante la suma de cien mil pesos m/cte ($100.000).

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.
Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

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

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la demandada **COLPENSIONES** en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de junio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **ISMAEL NIETO GÓMEZ** promoviese contra **la ADMINSTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

III. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda, la activa aspira a que se reliquide la pensión que actualmente percibe conforme el principio de favorabilidad y condición más beneficiosa, aplicando el ingreso base de liquidación (en adelante IBL) señalado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta el promedio de los salarios cotizados durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, aplicando una tasa de reemplazo del 75%, cuya causación data del 1° de febrero de 2011.

Como consecuencia de ello, depreca se condene a COLPENSIONES a pagar la diferencia resultante a partir del 1° de febrero de 2011, así como la indexación de las sumas solicitadas.

Como fundamento de las pretensiones la activa argumentó, en síntesis, que nació el 04 de enero de 1950, cumpliendo los 60 años de edad el mismo día y mes del 2010, además, que para el 1° de abril de 1994 contaba con 44 años de edad y al 25 de julio de 2005 contaba con más de 750 semanas de cotización.

Expuso que reunió los requisitos para adquirir el estatus de pensionado el 1° de julio de 2010, fecha para la cual ya había cumplido los 60 años de edad y el retiro del sistema que se efectuó el 31 de enero de 2011, bajo las premisas del Decreto 758 de 1990.

Adujo que mediante Resolución No. 113216 del 15 de julio de 2010, el extinto ISS (hoy COLPENSIONES) le reconoció la pensión de vejez en cuantía de $644.255 pesos, cuya liquidación se basó en 846 semanas de cotización, un IBL de $1.022.627 al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 63%, como lo dispone la Ley 797 de 2003, con efectividad a partir del 1° de julio de 2010.

Indicó que para el 31 de enero de 2011 tenía 1.008,71 semanas cotizadas, las cuales no han sido integradas dentro de la liquidación para el cálculo del IBL de la pensión de vejez.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA

COLPENSIONES (fls. 42-72)

Se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, inexistencia del

derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

En su defensa expuso, que para efectos de establecer el monto de liquidación de la prestación otorgada al demandante, se tuvo en cuenta el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, norma a partir de la cual, teniendo en cuenta que el accionante acreditó un total de 908 semanas y que nació el 4 de enero de 1950, por lo que para el 1° de abril de 1994 contaba con 44 años, cumpliendo los 60 años el 4 de enero de 2010, siendo beneficiario del régimen de transición en razón de la edad y considerando que acreditó más de 500 semanas durante los últimos 20 años de servicio cotizado, acredita los presupuestos del Decreto 758 de 1990 para el reconocimiento pensional.

Adujo que el demandante acreditó un total de 908 semanas cotizadas, el monto de la pensión o tasa de reemplazo se determinó en un 69%, por lo que, realizada la respectiva liquidación se obtienen los siguientes valores: IBL: $557.468 x 69%= $384.653.

Por lo anterior, indicó, y en aras de garantizar el derecho a una pensión mínima, esa entidad de pensiones reajustó la pensión liquidada, vigente para la fecha de efectividad de la pensión, por la cual reconoció la suma de un salario mínimo mensual legal vigente, con los respectivos reajustes anuales.

Expuso que para la liquidación efectuada se tuvo en cuenta que a las primeras 500 semanas se le aplicó un porcentaje de 45% del salario mensual de base, con aumentos equivalentes al 3% del mismo salario mensual de base por cada 50 semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras 500 hasta las 908 efectivamente cotizadas al ISS, a las cuales le fue aplicado un porcentaje de reemplazo de un 69%.

Precisó que, los periodos que indica el demandante no fueron tenidos en cuenta al momento de la liquidación pensional, al revisar la historia laboral se observa que cuenta con 916 semanas de cotización, no obstante, 8 semanas, comprendidas entre el 1° de julio al 31 de agosto de 2010 fueron realizadas con posterioridad al corte del reconocimiento de la pensión de vejez, es decir al 30 de junio de 2010, por lo que esas cotizaciones no fueron tenidas en cuenta para efectos de realizar el estudio de la reliquidación de la prestación, tal y como se indicó por parte de Colpensiones en la Resolución SUB 140073 del 31 de mayo de 2019.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El ***A quo*** dictó la siguiente sentencia:

> **"Primero:** Declarar no probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido respecto de la pretensión de reliquidación del ingreso base de liquidación y no probadas respecto de la condena por reliquidación aplicando la tasa de reemplazo del 75% y declarar probada de manera parcial la prescripción respecto de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 3 de abril del 2016.
>
> **Segundo:** Declarar que el señor Ismael Prieto Gómez Soto tiene derecho a su reliquidación de su pensión de vejez aplicando para el efecto inmediato una tasa del 75% sobre un ingreso base de liquidación de 1'022.627 pesos y que arroja una mesada inicial para el 1 de febrero del 2011 de 766.970 pesos.
>
> **Tercero:** Condenar a Colpensiones a pagar al demandante la suma de 7'715.143 pesos por diferencias no prescritas en que la pensión reconocida y la que debió de reconocerse desde el 3 de abril de 2016 y hasta el 31 de mayo del 2020, valores que deben ser indexados mes a mes desde la fecha de causación de cada uno y hasta que se produzca su pago.
>
> **Cuarto:** Condenar a la entidad demandada a pagar al demandante a partir del primero de junio del 2020 la mesada pensional por valor de 1'084.020 pesos y en adelante con los reajustes legales y las mesadas adicionales que se causen.
>
> **Quinto:** Autorizar a la demandada para descontar del valor del retroactivo mencionado el valor de los aportes que estima el sistema de seguridad social en salud en la proporción que corresponda.
>
> **Sexto:** Absolver a la demandada de la reliquidación alusiva a un mejor ingreso base de liquidación teniendo en cuenta las razones ya expuestas. (...)"

Para adoptar tal determinación, el A Quo afirmó que se encuentra demostrado la condición de pensionado del actor, que el reconocimiento de dicha prestación se hizo luego de tenerlo como beneficiario del régimen de transición, que para definir su derecho se aplicó el Acuerdo 049 de 1190, que la prestación pensional se reconoció a partir del 1° de julio de 2010 en cuantía de $644.255 y se le aplicó una tasa de reemplazo del 63% a un IBL de $1.022.627 pesos.

Expuso que, revisada la historia laboral allegada, se advierte que el actor, luego de la fecha de reconocimiento de su pensión siguió cotizando al sistema y efectuó aportes hasta el 31 de enero de 2011; recordó que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en su inciso tercero señala que la liquidación de la pensión de las personas que al entrar en vigencia dicha norma les faltaren más de 10 años para adquirir el derecho, como es el caso del demandante, su IBL se obtiene como lo dispone el artículo 21 de la mencionada norma, esto es tomando el promedio de los salarios sobre los cuales cotizó el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión o durante todo el tiempo si este fuera inferior.

Expuso que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que, en relación con el ámbito de aplicación del régimen de transición, la Ley 100 preservó 3 aspectos esenciales para el reconocimiento de la pensión: 1) la edad para acceder a la prestación, 2) el

tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y 3) el monto porcentual de la pensión, pero en cuanto al IBL este debía obtenerse aplicando las reglas dispuestas en la mencionada norma, particularmente en aquellos casos en que el afiliado cumpliese los requisitos en vigencia de esta.

Precisó que el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, norma con la cual se le reconoció la pensión al actor, establece que para efectos de la liquidación de la pensión de vejez se debe tener en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada, recordando que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2586 del 03 de julio de 2019 señaló que todos los aportes efectuados por el asegurado deben de completarse en la liquidación, aún cuando hubiesen sido sufragados de manera posterior al cumplimiento de los requisitos mínimos, siempre que no generen un desmedro en el IBL.

Indicó que al demandante se le reconoció la prestación pensional, pero siguió cotizando, pese a lo cual, al efectuar las operaciones matemáticas de rigor, se encuentra este caso en una de las excepciones señaladas en la jurisprudencia, en la medida de que el IBL del cómputo de los 10 años cotizados arroja un monto muy inferior al calculado por la accionada, la cual lo calculó en la suma de $1.022.627 pesos y efectuado el cálculo, teniendo en cuenta hasta el último aporte efectuado en el mes de enero de 2011, se obtiene un IBL de $606.063 pesos, razón por la cual no es posible variar la liquidación efectuada por Colpensiones, la cual le resulta más favorable.

Frente a la tasa de reemplazo, indicó que las cotizaciones efectuadas por el demandante, que corresponden a 1.008,71 hacen más favorable la tasa de reemplazo del accionante, ya que tiene derecho al 75%, conforme lo dispuesto en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990.

Expuso que la mencionada tasa de reemplazo (75%) se aplicaría al IBL que liquidó la demandada, que fue de $1.022.627, por lo que la mesada inicial del demandante corresponde a la suma de $766.970.oo, valor que deberá ser reconocido a partir del 1° de febrero de 2011, pues la última cotización la realizó el 31 de enero de ese año.

En cuanto a la excepción de prescripción, dijo que el demandante efectuó la reclamación el 6 de agosto de 2013, interrumpiendo la prescripción, sin que se pueda dar tal alcance a la nueva reclamación que hizo el 21 de marzo de 2019, ya que a través de esta no podía interrumpirse la prescripción, por ello, resultan afectadas las mesadas que no fueron reclamadas en tiempo, como lo advirtió la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia 45115 del 15 de mayo de 2013, sentencia que consagra la imprescriptibilidad del derecho a reclamar una reliquidación pensional con base en una mejor tasa de reemplazo.

Expuso que, la resolución que reconoce la pensión fue expedida el 15 de julio de 2010, se efectuó reclamación el 06 de agosto de 2013, es decir, momento para el cual ya habían transcurrido los 3 años que consagra la norma, resultando afectadas las mesadas de esa época, por ello, teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 03 de abril de 2019, todas las mesadas causadas antes del 3 de abril de 2016 fueron afectadas por la prescripción.

4. APELACIÓN

COLPENSIONES

Indicó que la historia laboral que adjunta esa entidad es la más actualizada, pues data del 18 de septiembre de 2019, y en ella se hace un conteo minucioso de los periodos en que el demandante cotizó con posterioridad al reconocimiento de la prestación pensional y se determina como total de semanas cotizadas un total de 916.86 semanas.

De otro lado, mencionó que en la Resolución SUB 140073 del 31 de mayo de 2019 se hizo alusión al total de semanas efectivamente cotizadas por el demandante y se hizo un análisis del IBL e incluso de la tasa de reemplazo, por lo que conforme a las semanas que aparecen allí al demandante se le debió reconocer la prestación con un 69% de tasa de reemplazo y no como se está condenando en la sentencia de primer grado.

Frente a los periodos que el demandante cotizó con posterioridad al reconocimiento de la prestación, los cuales como se dijo en varias oportunidades, incluso en la Resolución 140073 del 31 de mayo de 2019, no pueden ser tenidos en cuenta dentro del reconocimiento pensional porque la prestación la solicita desde el mes de febrero y se le reconoce en julio y dichos periodos son posteriores al reconocimiento, razón por la cual, COLPENSIONES maneja la figura de la *devolución de aportes* en este tipo de casos y se le indica el trámite que debe realizar directamente el empleador que realizó los aportes al sistema general de pensiones de manera equivocada.

Por lo anterior, adujo que no existe una variación porcentual frente a la tasa de reemplazo, ya que se está desconociendo la historia laboral actualizada del demandante que data del mes de septiembre de 2019.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de noviembre de 2020, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar

mediante proveído del 18 de enero de 2021, el que fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteraron lo expuesto en 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 finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar los recursos.

IV. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior, la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** por resolver se circunscriben a determinar: **(i)** si los aportes efectuados en fechas posteriores al reconocimiento pensional deben tenerse en cuenta para efectos de calcular el IBL y la tasa de reemplazo que se aplicará para calcular la pensión, **(ii)** cuál debe ser la historia laboral a tener en cuenta para efectos de contabilizar las semanas cotizadas por el demandante, y **(iii)** si la tasa de reemplazo calculada por el *a quo* se encuentra ajustada, teniendo en cuenta el número de semanas cotizadas por el accionante.

Cómputo de periodos de cotización posteriores al cumplimiento de requisitos pensionales

De antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha reseñado que, acorde con los fines de la seguridad social, para el reconocimiento de la pensión de vejez, es deber de la entidad de seguridad social tener en cuenta para efectuar los cálculos del IBL hasta la última cotización, ello mientras su inclusión no conlleve una desmejora en los intereses del afiliado frente al monto final de su mesada pensional.

Lo anterior desde la sentencia con radicado No. 22630 del 07 de septiembre de 2004, que posteriormente fue citada en la sentencia con radicación No. 35605 del 20 de octubre de 2009, y recientemente, en sentencia SL 2586 de 2019, en donde la Máxima Corporación expuso:

> "Conforme al mandato del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aplicable a la actora por virtud del régimen de transición del que es beneficiaria, la pensión de vejez se causa desde el momento en que se satisfacen los requisitos de ley, su disfrute inicia a partir de la desafiliación del sistema y *«para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo»*.
>
> Así, la Sala ha sido del criterio de que todos los aportes para pensión efectuados por el asegurado deben computarse en la liquidación, aun

cuando estos se sufraguen con posterioridad al cumplimiento de los requisitos mínimos pensionales; solo si redundan en beneficio para el pensionado. En otras palabras, es un deber incluir en la liquidación pensional todos los tiempos aportados hasta la última cotización, siempre que no hacerlo comporte una desmejora para el aportante frente al monto final de su mesada pensional (CSJ SL 22630, 7 sep. 2004). Cosa distinta sucede cuando los aportes que se hicieron luego del cumplimiento de esos requisitos mínimos generan un desmedro del IBL, ya que en tales eventos deberán excluirse de la liquidación:

> *Se argumenta lo precedente, porque si el fin de las cotizaciones efectuadas al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, después de superado el tope mínimo exigido para acceder al derecho pensional reclamado y del cumplimiento de la edad, es el de incrementar el monto de la mesada, (parágrafo 3, Artículo 33 Ley 100 / 93, vigente para la época de los hechos) mal puede obrarse contrariando tal propósito y castigar a un afiliado, menguándole su base salarial para la tasación de la aludida pensión, por haber contribuido al sistema con un número mayor de aportes que supera tal límite para la tasación del crédito social pretendido.* (CSJ SL 22630, 7 sep. 2004)

Tal postura fue ratificada en sentencias CSJ SL4542-2018 y CSJ SL4029-2017:

> *Y en cuanto a las cotizaciones posteriores a la causación del derecho, en la sentencia del 7 de septiembre de 2004, radicación 22630, cuyas orientaciones se han reiterado con posterioridad, dijo la Corte lo siguiente:*
>
> *[...] que si bien es cierto en otros asuntos de similares características a éste, se ha advertido que cuando el afiliado ha continuado aportando al sistema general de pensiones una vez satisfechos los presupuestos legales para obtener la pensión, acorde con los fines de la seguridad social, es deber reconocer hasta la última cotización, tal y como se dijo en la sentencia que rememora el recurrente de noviembre 29 de 2001, radicación 15921, reiterada en la del 22 de julio de 2003, radicación 19794, tal criterio hermenéutico ha de ser entendido y por ende aplicable, única y exclusivamente para aquellas eventualidades en donde su no inclusión conlleva una desmejora en los intereses del aportante frente al monto final de su mesada pensional.*
>
> *Del anterior modo, si al afiliado le resulta más beneficioso que el ingreso base de liquidación se obtenga tomando sólo el promedio de lo devengado entre la fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 y el momento en que cumpla los requisitos para la pensión, haciendo abstracción de los aportes realizados con posterioridad a dicha calenda, como sucede en el sub judice, donde las cotizaciones efectuadas se llevaron a cabo con un salario significativamente inferior que le reduciría ostensiblemente su ingreso base, así debe procederse (negrilla fuera de texto)."*

De la historia laboral

Respecto de la historia laboral, ha de indicarse que este es un elemento de prueba definitivo para el acceso a las prestaciones derivadas del sistema de seguridad social pensional, dado que en ella se reflejan las cotizaciones realizadas por el afiliado en determinados periodos y montos, por lo que la jurisprudencia ha considerado de manera reiterada que es deber de las entidades administradoras brindar una información clara, actual y completa de la información allí contenida, pues de ello depende que el afiliado pueda adquirir el status de pensionado.

Frente a la obligación de conservación de la información laboral, se ha pronunciado la H. Corte Constitucional, como por ejemplo en sentencia T-470 del 2019, en la que indicó:

> *"(...) la obligación de conservación de la información laboral también se predica respecto de las entidades administradoras de fondos de pensiones, a quienes les corresponde un deber de protección y diligencia. Ello con el objeto de que los datos consignados sean completos y veraces (...)"*

De la tasa de reemplazo

Al respecto, es necesario tener en cuenta que el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, garantiza a los beneficiarios de la pensión por vejez y en relación con las normas que venían rigiendo con anterioridad, lo relacionado con la edad y el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para acceder al derecho, así como el monto de la prestación en lo que toca con el porcentaje establecido en cada caso, lo que no sucede con el ingreso base de liquidación – IBL.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la pensión del accionante fue reconocida bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990, ha de indicarse que su artículo 20 dispuso que la cuantía básica de la pensión de vejez sería del 45% del salario mensual de base, con aumentos equivalente al 3% del mismo salario por cada 50 semanas acreditadas por el asegurado con posterioridad a las primeras 500 semanas de cotización.

V. EL CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, ha de indicarse que no es objeto de discusión que el demandante fue pensionado mediante Resolución No. 113216 del 15 de julio de 2010 (fls. 27-28 y 71A), bajo los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990 al ser beneficiario del régimen de transición, para lo que se tuvo en cuenta un total de **846 semanas** de cotización y un **IBL de $1.022.627**, una **tasa de reemplazo del 63%** y se reconoció a partir del **1° de julio de 2010.**

Pues bien. Ateniéndose a los hechos probados en el proceso, en consonancia con las leyes aplicables al caso y la jurisprudencia citada en las consideraciones de esta providencia, si al demandante le resulta más beneficioso que se le tenga en cuenta para la liquidación de su pensión los aportes efectuados con posterioridad a su reconocimiento, así debe procederse y como quiera que en el caso bajo estudio al accionante le fue reconocida la pensión de vejez a partir del 1° de julio de 2010 (fls. 27-28 y 71A) y a favor del mismo se reportaron cotizaciones hasta el 28 de febrero de 2011 conforme reporte de semanas cotizadas allegada por Colpensiones actualizado a 18 de septiembre de 2019 (fls. 53-63), aquellas semanas contempladas del 1° de julio de 2010 al 28 de febrero del 2011 serán tenidas en cuenta para calcular la tasa de reemplazo aplicable a la prestación del actor.

Frente al argumento expuesto por Colpensiones y que se refiere a que el *a quo* no tuvo en cuenta el reporte de semanas actualizadas a 18 de septiembre de 2019 y allegado por esta entidad, obrante a folios 53-63, debe indicar esta Colegiatura que, al revisar esta documental en conjunto con las historias laborales allegadas en el expediente administrativo obrante a folio 71A del plenario, se observa que reportan información distinta respecto al número de semanas o cotizaciones efectuadas a favor del señor Nieto Gómez.

En efecto, al plenario fueron allegados los siguientes reportes de semanas cotizadas:

- Actualizado a 18 de septiembre de 2019, con 916.86 semanas cotizadas (fl. 53-63)
- Actualizado a 30 de abril de 2019, que reporta un total de 998.29 semanas cotizadas (fl. 71A)
- Actualizado a 22 de marzo de 2019, con 1.008,71 semanas cotizadas (fl. 71A)
- Actualizado a 12 de septiembre de 2018, con 1.008,71 semanas (fls. 17-26)
- Actualizado a 13 de junio de 2017, con 1.008,71 semanas cotizadas (fl. 71A)
- Actualizado a 27 de noviembre de 2013, con 1.000,57 semanas (fl. 71A)
- Actualizado a 25 de octubre de 2013, con 1.000,57 semanas (fl. 71A)

De la anterior documental se evidencia que, aquellos reportes que datan del año 2019 las semanas reportadas como cotizadas por el demandante, disminuyeron, situación que no resulta ser coherente, como quiera que los periodos cotizados aumentaron, evidenciándose que en el último reporte de semanas cotizadas, esto es el de 18 de septiembre de 2019,

algunos de los periodos que en otros reportes aparecían como debidamente cotizados, en este se reportan en cero.

Al punto, ha de memorarse que en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha enseñado que, cuando un empleador incumple con su obligación de cotizar al sistema general de seguridad social y la entidad administradora se abstiene de ejecutar las acciones de cobro, las semanas reportadas en mora deben contabilizarse a favor del afiliado a efectos de reconocer la pensión de vejez.

En sentencia SL 759 de 2018, rad. 62555, se expuso:

> *"sobre el punto jurídico en cuestión, esto es, la mora del empleador en el pago de cotizaciones al sistema pensional, esta Corporación de forma reiterada ha señalado que las administradoras de pensiones deben agotar diligente y oportunamente las gestiones de cobro ante los empleadores, de suerte que, de omitirse esta obligación, deben responder por el pago de la prestación a que haya lugar, según la normativa aplicable.*
>
> *En ese sentido se refirió la jurisprudencia de esta Sala, poco menos de una década atrás en providencia CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 32384, postura que ha reiterado invariable y pacíficamente desde entonces, en las sentencias CSJ SL907-2013, CSJ SL5429-2014, CSJ SL16814-2015, CSJ SL8082-2015, CSJ SL4818-2015, CSJ SL15718-2015,CSJ SL11627-2015, CSJ SL16814-2015, CSJ SL13266-2016, CSJ SL 4952-2016, CSJ SL6469-2016, CSJ SL15980-2016, CSJ SL17488-2016, CSJ SL13877-2016, CSJ SL685-2016, CSJ SL3707-2016, CSJ SL4892-2016, CSJ SL5166-2016, CSJ SL685-2017, CSJ SL3707-2017, CSJ SL4892-2017 y CSJ SL5166-2017, entre otras.*
>
> *Bajo esa línea jurisprudencial queda claro entonces que, a efectos de contabilizar las semanas cotizadas por el afiliado a fin de verificar si cumple o no con los presupuestos legales tendientes a obtener el derecho pensional, deben tenerse en cuenta a más de las consignadas oportunamente, las que se encuentran en mora, dada la falta de gestión de cobro por parte de la administradora a la que se encuentre vinculado.*
>
> *Ello es así, en criterio de la Corte, porque la cotización al sistema de pensiones se origina con la actividad que como trabajador despliega el afiliado, de manera que los aportes son consecuencia inmediata de la prestación del servicio en cuyo pago y recaudo, tienen obligación empleadores y administradoras.*
>
> *No se trata, como lo sugiere la censura, que la Corte avale el reconocimiento y pago de pensiones a cargo de las administradoras de pensiones, desconociendo la obligación que tiene los empleadores de efectuar las cotizaciones, pues a la conclusión cuya revisión impetra el recurrente, ha llegado la Corporación por el ejercicio hermenéutico de las normas que armónicamente integran el sistema e imponen obligaciones*

a unas y otros para garantizar el derecho a la pensión de los trabajadores, así como para afianzar el equilibrio financiero del sistema en el que insoslayablemente tienen interés los fondos de pensiones, con el objetivo de lograr la eficiencia de su funcionamiento en beneficio propio y, además, como valor o principio supremo, para cumplirle a sus afiliados con el pago de las prestaciones a su cargo.

Por ello, se impone a las administradoras de pensiones la ineludible obligación de iniciar las acciones de cobro pertinentes, cuando el empleador se sustraiga de su cancelación o de su pago oportuno. Para el cumplimiento de esa gestión, el sistema de seguridad social les otorgó a dichos entes herramientas jurídicas suficientes para desplegar control, requerir a los morosos e iniciar acciones de cobro, además de contemplar en su favor, intereses o multas.

Es por lo anterior que esta Sala de la Corte ha reiterado que al concurrir las obligaciones antedichas en empleadores (pago de aportes) y administradoras (cobro de aportes en mora), su incumplimiento no puede afectar al afiliado quien cumplió con lo propio, esto es, trabajo y aporte al sistema de pensiones previamente descontado del pago mensual de su salario."

Así las cosas, teniendo en cuenta que es la administradora de fondos de pensiones la responsable de contabilizar las semanas que no fueron pagadas por el empleador que afilió al trabajador, al no haber hecho las gestiones de cobro correspondientes, razón le asiste al juzgado de primer grado en tomar como total de semanas cotizadas por el señor Nieto Gómez un total de **1.008,71**, de las cuales dan cuenta los reportes de fechas 13 de junio de 2017, 12 y septiembre de 2018 y 22 de marzo de 2019 y que fueron allegados por la accionada en el disco compacto visible a folio 71A.

En cuanto a la tasa de reemplazo aplicada por el juzgador de primera instancia, a efectos de calcular esta ha de tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, iniciando con el 45% del salario mensual de base, el cual se aumentará al 3% por cada 50 semanas acreditadas por el afiliado con posterioridad a las 500 semanas de cotización, por lo que, atendiendo el total de semanas cotizadas por el actor, esto es 1.008,71, la tasa de reemplazo a aplicar sería del 75%, como acertadamente lo indicó el *a quo*.

Finalmente, la Sala confirmará la decisión del A Quo frente a la prescripción trienal aplicada, por cuanto la reclamación efectuada por el demandante en el año 2013 no tuvo la virtualidad de interrumpir el fenómeno extintivo, en tanto la demanda ordinaria sólo se instauró en el año 2019.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

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,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme lo razonado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

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**

AUTO

Se fijan como agencias en derecho a cargo de la parte demandante la suma de cuatrocientos cincuenta mil pesos m/cte ($450.000).

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.
Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. AUTO

PRIMERO: Téngase por reasumido el poder por el Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ, identificado con C.C. No. 79.985.203 y T.P. No. 115.849 del C.S. de la J., como apoderado principal de Porvenir S.A.

SEGUNDO: 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.

TERCERO: 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

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los apoderados de las demandadas **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de esta última la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 12 de marzo de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que FÉLIX ANTONIO LOZANO MANCO promoviese contra la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN 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 efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada a través del fondo de pensiones y cesantías Protección S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Protección S.A. y Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubieren recibido con motivo del traslado del demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, es decir con los rendimientos que hubieren causado.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

PORVENIR S.A. (fls. 145-168) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo y la innominada o genérica.

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 el 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 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.

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 legitima que la lleve a ser cobijada bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

PROTECCIÓN S.A. (fls. 193-207), se opuso a las pretensiones contra esta incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe y la genérica.

Adujo que el día 27 de junio de 2003 el demandante solicitó de manera libre y voluntaria la afiliación a ese fondo, en la cual no obra constancia de situación anómala o constreñimiento, adicionalmente, no se evidencia que exista ningún tipo de vicio del consentimiento como error, fuerza o dolo que invalide el consentimiento del actor y por ende devenga la nulidad de la afiliación.

Resalta que el actor venía trasladado de la AFP Porvenir S.A., entidad a la que estuvo afiliado desde el 30 de mayo de 1994, cuando realizó el cambio del régimen de prima media al de ahorro individual, por lo que al realizar el cambio de AFP ratifica su deseo de permanecer vinculado al RAIS.

Indica que los consultores de Protección S.A. siempre han estado dispuestos a suministrar la información y explicación al demandante respecto de las consecuencias legales y económicas, las ventajas y desventajas que conlleva el cambio de régimen pensional., siendo claro que el accionante recibió información detallada, clara, precisa y concisa sobre las ventajas y desventajas de afiliarse al RAIS.

Refiere que el demandante no suministró prueba alguna que demuestre el error de hecho o de derecho que vicie el consentimiento, más allá de afirmarlo, contrariando los propios actos al existir manifestación de voluntad expresa en la firma del formulario de afiliación.

COLPENSIONES, (fls. 227-235) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho para regresar al RPM, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la innominada.

Aduce que, el demandante, al 1° de abril de 1994 contaba con 35 años, al haber nacido el 6 de abril de 1959 y no alcanzaba a completar las 750 semanas o 15 años o más de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, razón por la cual no es beneficiario del régimen de transición, además, se encuentra inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Indicó que, al no ser el demandante beneficiario del régimen de transición no puede regresar en cualquier tiempo al RPM, ello debió hacerlo cuando le faltaran más de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para adquirir su derecho a la pensión, pero como la solicitud la elevó cuando le faltaban manos de 10 años para ello, ya no puede regresar al régimen administrado por Colpensiones.

Mencionó 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 el demandante y la AFP, 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 o rescisión judicial.

Por lo anterior, dice, no estamos frente a lo consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, el cual establece que es nulo todo acto o contrato al que le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo, en este caso el consentimiento.

Adicionalmente, indica, la nulidad no se alegó dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión durará 4 años, los cuales se contarán, en el caso del error o dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato, situación que no se presentó en este caso, máxime cuando el demandante se ha trasladado en dos oportunidades entre AFP.

Aduce que, al haber fundado el actor su pretensión en el hecho de haber sido engañado por los asesores de la AFP, le correspondía la carga de probar

dicha afirmación, de conformidad con los artículos 167 del CGP y 1516 del CC, situación que no se presentó en el caso concreto.

Finalmente, expuso que, de haber existido la nulidad alegada, la misma fue saneada en los términos del artículo 1752 del CC, el cual dispone que la ratificación expresa o tácita puede sanear el vicio del contrato y en el presente asunto el demandante saneó la nulidad por a ratificación tácita que autoriza el artículo 1754 del CC, al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de régimen en su momento, máxime si se tiene en cuenta que el demandante ha consentido durante todo el tiempo de su afiliación, en que le hagan los descuentos respectivos con destino al RAIS.

3. SENTENCIA APELADA

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

*"**PRIMERO:** Declarar la ineficacia de la afiliación de Félix Antonio Lozano Manco a Porvenir S.A., suscrita por los motivos expuestos en esta sentencia y 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:** Condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar todos los dineros ahorrados por el demandante en su cuenta de ahorro individual a la Administradora Colombiana de pensiones – Colpensiones, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración.*

***TERCERO:** Ordenar a la entidad Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a recibir los dineros ahorrados por el demandante en su cuenta individual de conformidad con lo ordenado en precedencia.*

***CUARTO:** Declarar no probada la excepción de prescripción, relevándose el despacho del estudio de los demás medios exceptivos, dado el resultado de la litis. (...)"*

En síntesis, indicó que la H. Corte Suprema de Justicia se ha referido a términos como ineficacia y nulidad del traslado; indica que, se habla de ineficacia del traslado cuando se ve inmersa la afectación de la voluntad del cotizante, no existe decisión informada por parte de la AFP e información suficiente para el afiliado y se ha hablado de nulidad del traslado cuando el afiliado, habiendo alcanzado el derecho a la pensión en el RPM y a pesar de informar a la entidad el contenido de su historia laboral, y él mismo admite la afiliación al enterarse de las reales consecuencias del traslado.

Adujo que la mencionada Corporación ha señalado, que la información debe comprender todas las etapas del proceso y que la AFPs deben proporcionar a los interesados información completa y comprensible a la medida y simetría de un administrador experto en materia de alta complejidad, además, que el engaño no solo se produce en el que firma, sino en el silencio que guarda el profesional que debe tener la iniciativa de

proporcionar lo que resulta relevante para la toma de la decisión que se persigue, con lo que la diligencia debida produce el traslado de la carga de la prueba a la AFP y que ni la legislación ni la jurisprudencia tienen 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 el incumplimiento del deber de información.

Para el caso bajo estudio indicó, que si bien obra formulario de afiliación del demandante con Protección S.A. en mayo de 1994 y se evidencia su firma, no obra constancia que esa AFP brindó la información correspondiente, a pesar de que dicha carga le corresponde a esa entidad, además, si bien se informa por parte del fondo privado que existió un suministro de información, la misma no es completa, como quiera que se trata de una proyección de un cálculo de la pensión de la demandante, pero esta se calculo cuando la demandante tuviera 60 años, luego el salario base corresponde a la última asignación acumulada y generada para el año 1992, no establece cual es el monto ahorrado, tampoco el que el demandante debe acumular en su cuenta de ahorro individual para que la mesada sea de $214.051, aunado a lo cual, se omite que el demandante tiene 4 hijos, situación que cambia la proyección mensual del accionante.

Indicó que con la respuesta dada por Porvenir al derecho de petición incoado por el demandante tampoco se puede dar por cumplida la obligación de información, pues la jurisprudencia ha dicho que el deber de información debe darse en el momento del primer traslado, no cuando el afiliado hace un traslado dentro del mismo régimen, todo lo cual, conlleva a concluir que, en este caso, Porvenir S.A. violó el deber de información.

Aclaró que, si bien el demandante no estaba afiliado a Colpensiones, no es menos cierto que con la liquidación de Cajanal, realizada a través del Decreto 2196 de 2009, se ordenó que los afiliados de esta debían trasladarse al ISS en el mes de julio de ese año, por lo que el Juzgado considera que es Colpensiones la entidad que debe recibir al demandante, al ser la única entidad que administra el RPM.

En cuanto a la excepción de prescripción dijo, que la Corte Suprema de Justicia ha indicado que las acciones judiciales encaminadas a que un hecho se declare de una u otra manera, son imprescriptibles bajo la premisa de que ni los hechos no los estados jurídicos prescriben a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ellos, así lo señalan las sentencias SL 24479 del 4 de julio de 208, SL 39347 de septiembre de 2012 y la SL 127 del 15 de septiembre de 2014, por lo que se declarará no probada esta excepción.

4. APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Aduce que no es dable que se le condene en costas debido a que al demandante si se le brindó una información clara, precisa y contundente en el año 1994, adicionalmente el señor Lozano Manco no probó que existiera un vicio en el consentimiento.

Expone que la línea jurisprudencial acogida por el juzgado no es aplicable al presente caso, debido a que, aunque el deber de información siempre ha existido, el deber de asesoría, de hacer cálculos, proyecciones y demás no estaba ceñido para la época en que se hizo el traslado, además, si bien para la fecha del traslado no era necesario realizar una proyección o cálculo pensional, esa entidad lo realizó y si bien el despacho manifiesta que el mismo está incompleto por el tema de la edad, pero para la época en que este se hizo la edad para pensionarse eran 60 años, además en el mismo está la tasa de rendimientos, salario base, fecha de cálculo y se le brinda información al demandante de cuál es el capital acumulado, siendo este un cálculo de pensión totalmente válido y dentro del material mencionado se le manifiesta claramente el poder regresar al RPM y luego el demandante opta por continuar en el RAIS y hace una afiliación horizontal.

PROTECCIÓN S.A.

Indica que, se opone a la orden de devolución de gastos de administración, ya que estos se hacen con fundamento en la Ley 100 de 1993, que establece la autorización del 3% de descuento para financiar los gastos de administración y los seguros en caso de pensión de invalidez y sobreviviente, por lo que si estos conceptos se devuelven se estaría presentando un enriquecimiento sin justa causa a favor del demandante en contravía de esa AFP, ya que esos gastos de administración se efectuaron por la buena gestión que tuvo Protección S.A.

En caso de que no se acceda a dicha petición, solicita se adicione la sentencia, en cuanto los gastos de administración que conllevaron la afiliación de Porvenir hasta el año 2003 sean retornados por parte de esa administradora, pues lo que trasladó a Protección fueron aportes y rendimientos.

COLPENSIONES.

Indicó que la parte demandante no demostró el vicio del consentimiento del que se permite inferir que su traslado no fue voluntario, consciente o que existió un error o que se le indujo en error por parte del asesor de la AFP que en su momento realizó el traslado de régimen.

Solicita se tenga en cuenta que el demandante de manera libre y espontánea, como lo aceptó en su interrogatorio, decidió trasladarse de régimen pensional, tanto así que realizó traslado horizontal entre el RAIS, lo que demuestra que se encontraba conforme en relación con la permanencia en el RAIS, y su inconformidad surge ahora en cuanto al valor de su mesada pensional, hecho que no vicia el consentimiento y no da lugar a declarar la ineficacia del trasado de régimen, pues las características y la manera de liquidar dentro del RAIS se encuentran en la Ley 100 de 1993, además el demandante tampoco fue diligente en solicitar información frente a las realidades o la información que le fue brindada por los asesores de las AFPs a las que estuvo afiliado, adicionalmente no realizó nuevamente el traslado al RPM cuando tuvo la oportunidad de realizar el mismo y lo que ahora pretende el demandante es beneficiarse de una mejor mesada pensional en el RPM, hecho que atenta contra el principio de sostenibilidad financiera, ya que el actor nunca ha realizado aportes o cotizaciones a Colpensiones, por lo que la sentencia coloca en riesgo los afiliados que si están cotizando para obtener su mesada pensional conforme a lo establecido en la normatividad vigente.

Finalmente, expresa que el demandante se encuentra incurso en la prohibición de la Ley 797 de 2003, ya le faltan menos de 10 años para cumplir la edad de pensión y no puede trasladarse de régimen pensional.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 13 de octubre de 2020, se admiten los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 18 de 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 reiteraron lo expuesto en la demanda y contestaciones, así como en el recurso interpuesto.

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

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

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no 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.

DE LA 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 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	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los 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 Io que más le conviene y, por tanto, Io que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Articulo 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 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".*

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 explícita 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. 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. Corno 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.

En cuanto al argumento presentado por Colpensiones en su apelación referente a que la demandante tenía la obligación de asesorarse, si bien ello resulta acertado, esto no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado a la afiliada la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

f) En lo que respecta al argumento referente a que la decisión tomada por la Jueza de Primera Instancia **descapitaliza el fondo y afecta el principio de sostenibilidad financiera**, a juicio de la H. Corte Suprema

de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*
>
> *"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*

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

EL CASO EN CONCRETO:

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 24/01/1980 (fl 226 disco compacto); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 30/05/1994 a través de la A.F.P PORVENIR S.A (fl 152); **iii)** posteriormente efectúo traslado dentro del mismo régimen a la AFP Santander – hoy Protección S.A, y **iv)** que el día 27/07/2017 (fl 226 disco compacto) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

A folio 155 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 30 de mayo de 1994 con la AFP Porvenir 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 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 el fondo privado 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 expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*

[1] SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

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 reequilibro 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, por lo que no se requiere que el demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos.

Frente a la inconformidad del demandado apelante PROTECCIÓN S.A. 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.

En cuanto al argumento expuesto por Colpensiones en su recurso, respecto de la afectación del principio de sostenibilidad financiera, ello no acontece así, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Frente al argumento presentado por Porvenir al sustentar su apelación, referente a la ratificación del demandante del acto al permanecer afiliado al RAIS y efectuar un traslado horizontal entre entidades del mismo, como en la sentencia antes citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos.

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.

Al respecto, 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, por encontrarse ajustada a derecho.

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**,

R E S U E L V E

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
Aclaro Voto

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada Sustanciadora

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA BERENICE CASTAÑO AVENDAÑO** promoviese contra el **PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DE TELECOM** representando por la **SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A.- FIDUAGRARIA S.A. y por la SOCIEDAD FIDUCIARIA- FIDUCIAR S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende la reliquidación de la pensión de jubilación que le fue reconocida por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones- TELECOM, teniendo en cuenta los siguientes factores extralegales: prima anual, prima de navidad, prima semestral, prima de vacaciones, prima de saturación, auxilio de almuerzo, extras diurnas, y extras nocturnas. Igualmente, solicita que la demandada le pague a CAPRECOM las cotizaciones teniendo en cuenta los factores extralegales aludidos, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que: **1)** Estuvo vinculada a TELECOM del 01 de junio de 1973 al 31 de marzo de 1995; **2)** Se acogió al plan de retiro voluntario de TELECOM, según Acta N° RPE del 27 de febrero de 1995; **3)** Mediante Resolución 2644 de 2007 se le reconoció pensión vitalicia de jubilación al haber laborado 20 años de servicios y tener la edad de 55 años; **4)** Para liquidar la prestación no se tuvieron en cuenta los factores extralegales; **5)** Al momento de acogerse al plan de retiro voluntario contaba con 21 años, 7 meses, y 24 días cotizados; y **6)** Desde el 26 de febrero de 2013 se encuentra solicitando la relación de los factores extralegales devengados por la demandante, sin que a la fecha exista una respuesta de fondo.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

El **CONSORCIO DE REMANENTES DE TELECOM integrado por FIDUAGRARIA S.A. y FIDUCIAR S.A., que a su vez actúa como administrador y vocero del PAR TELECOM Y TELEASOCIADAS EN LIQUIDACIÓN** (fls. 53 a 63), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó cosa juzgada, inexistencia de la relación laboral entre la demandante y la demandada, imposibilidad de proferir sentencia de fondo contra el patrimonio autónomo de remanentes, prescripción, inexistencia de la obligación, pago, compensación, y la declaratoria de otras excepciones.

Expuso que revisados los archivos de la extinta TELECOM no se encontró documento alguno que contenga información diferente a la certificada mediante documento RTS.0654-13; y que se certificó que se encontró prueba documental en la que consta lo percibido por la demandante en los últimos diez años de servicios.

El último término, adujo que FIDUAGRARIA S.A. y FIDUCIAR S.A. no son las entidades de reconocer pensiones de la extinta TELECOM, dino que dicha obligación se encontraba en cabeza de CAPRECOM.

Mediante auto notificado el 31 de marzo de 2016 se dispuso la integración de la **CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES-CAPRECOM** (fl.176), quien de igual manera, se opuso a las pretensiones de la demanda proponiendo como excepciones previas las que denominó falta de legitimación por pasiva, falta de agotamiento de la vía gubernativa, caducidad de la acción, y prescripción (fl.178 a 181).

Indicó que la pensión se tramitó y liquidó de forma correcta y dentro de los términos legales con base en los factores salariales validos conforme la normatividad aplicable a la pensionada.

Adujo que en los procesos atinentes a reliquidación pensional de la extinta TELECOM son de competencia de la **U.G.P.P.** conforme al Decreto 1389 de 2013.

A través de auto del 09 de agosto de 2017 se tuvo como sucesor procesal a la **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P** (fl.208), quien también se opuso a las pretensiones de la demanda proponiendo como excepciones de mérito las que denominó cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación, y la genérica o innominada (fl.178 a 181).

Señaló que la demandante es beneficiaria del régimen de transición y su pensión se causó en vigencia de la Ley 100 de 1993, motivo por el que la prestación se debió liquidar con los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

En último término, dijo que conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, únicamente previó la aplicación de normas anteriores en cuanto a los elementos de edad, tiempo y monto; que los factores salariales no fueron objeto de transición, por lo que resulta aplicable la norma vigente para el momento en que se causó la pensión de la actora, esto es, el Decreto 1158 de 1994.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 18 de agosto de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió que está acreditado que a la demandante le reconocieron su pensión de conformidad con la Ley 33 de 1985 por ser beneficiaria del régimen de transición; y que únicamente es dable aplicar el régimen anterior a la Ley 100 de 1993, en lo atinente a edad, tiempo y monto.

Señaló que la norma que regula los factores salariales de los servidores públicos que causan su pensión en vigencia de la Ley 100 de 1993 es el Decreto 1158 de 1994.

Finalmente, adujo que dentro de los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994 no se encuentran beneficios extralegales, por lo

que, no debían ser tenido en cuenta para pagar los aportes a pensión, así como tampoco para liquidar la prestación.

4. APELACIÓN DE SENTENCIA.

PARTE ACTORA.

Expuso que TELECOM no hizo cotizaciones sino hasta 1996, pues anteriormente asumía el 100% de la pensión; y que la accionante laboró hasta 1994- 1995, y en esa fecha existían disposiciones de orden legal como los Decretos 2201 de 1987 y 2123 de 1992, así como la convención colectiva de 1994 que regulaba los factores salariales de los trabajadores de TELECOM.

5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de noviembre de 2020, se admitió el recurso de apelación.

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

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y S.S., 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 que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si es dable reliquidar la pensión de jubilación reconocida a la actora teniendo en cuenta factores salariales extralegales tales como, prima anual, prima de navidad, prima semestral, prima de vacaciones, prima de saturación, auxilio de almuerzo, extras diurnas, y extras nocturnas.

RELIQUIDACIÓN PENSIONAL. INCLUSIÓN DE FACTORES SALARIALES EXTRALEGALES.

La reliquidación o reajuste de una pensión se presenta cuando el monto asignado por parte de la entidad responsable del reconocimiento prestacional se calcula de forma errónea o se ha omitido un factor salarial.

Ahora bien, el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición, señalando que frente a las pensiones gobernadas por regímenes anteriores a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, únicamente es dable acudir a ellas, en lo atinente a los requisitos de edad, tiempo o número de semanas cotizadas, y monto, por lo que, las demás situaciones quedaron reguladas por la Ley 100 de 1993:

> "**ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.** La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014*, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.
>
> La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior *al cual se encuentren afiliados*. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley (...).,

Por tanto, el ingreso base de liquidación o I.B.L. no es uno de los elementos a los que se puede acudir del régimen anterior, de manera que debe ser calculado teniendo en cuenta lo que al respecto dispone la Ley 100 de 1993 y la normatividad que la reglamenta.

Ahora, y en específico frente a los factores salariales que se deben tener en cuenta a efectos de establecer el I.B.L. y el monto de una pensión de un servidor público, según la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 10 de mayo de 2011, Rad. 37929 reiterada el 27 de agosto de 2014, Rad. 46844, al causarse la prestación en vigencia de la Ley 100 de 1993 son los que señale el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, a menos de que se trate de servidores públicos beneficiarios del régimen de transición que no devengaron salario ni efectuaron cotizaciones en vigencia del sistema pensional consagrado en la Ley 100 de 1993, caso en el que podría resultar aplicables normas anteriores a la entrada en vigor del sistema general de pensiones, como las que cita el impugnante en su apelación, Decretos 2201 de 1987 y 2123 de 1992.

> "Sobre el punto debe decirse que para liquidar la prestación debió procederse conforme con los específicos lineamientos normativos del citado artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, ya que justamente regulan asuntos como el aquí debatido, tal como se dijo en sentencia CSJ SL 10, may, 2011 rad. 37929:

(...) de interpretarse de manera literal la norma, que es lo que en realidad propone la recurrente, en el primer caso el ingreso base de liquidación estaría constituido por los ingresos que adquirió efectivamente el trabajador, mientras que, en el segundo, lo estaría por las sumas sobre las cuales cotizó al sistema de seguridad social en pensiones, lo que arrojaría resultados diferentes en tratándose de servidores públicos, porque, como se sabe, respecto de ese grupo de trabajadores la base de su cotización no se integra con todos los ingresos salariales, pues se excluyen algunos, de conformidad con lo establecido inicialmente por el artículo 6 del Decreto 691 de 1994 y actualmente por el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994.

Sin embargo, para la Corte esa interpretación exegética propuesta en el cargo no se corresponde con la naturaleza especial del régimen de transición pensional, ni con los principios que inspiran el sistema general de pensiones consagrados en la Ley 100 de 1993, porque el correcto entendimiento del aludido precepto no puede efectuarse de manera aislada del contexto del sistema general de pensiones, sino que debe llevarse a cabo de manera sistemática con lo esencial de las reglas que gobiernan ese sistema y corresponderse armónicamente con sus regulaciones.

Por esa razón, debe tenerse en cuenta que una característica esencial del sistema general de pensiones es la obligación de efectuar los aportes que se establecen en la Ley 100 de 1993, conforme lo consagra el literal d) de su artículo 13.

Esa fundamental característica encuentra cabal desarrollo en el artículo 18 de ese estatuto, en cuanto determina que la base para calcular las cotizaciones será el salario mensual, para los trabajadores del sector privado el que resulte de aplicar el Código Sustantivo del Trabajo, y para los servidores públicos, como la aquí demandante, el que se señale de conformidad con la Ley 4 de 1992; señalamiento que actualmente hace, como se dijo, el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994.

Lógica consecuencia de ello es que en un sistema esencialmente contributivo como el consagrado en esa ley, la determinación del monto de las pensiones debe estar en función de las cotizaciones efectuadas, de ahí que, en principio, aquellas prestaciones causadas cuando esa cotización es obligatoria, esto es, como regla general, después del 1 de abril de 1994, deben tener como parámetro el ingreso que haya servido de base para efectuar la cotización del afiliado, salvo en los casos de excepción que la jurisprudencia laboral ha tenido oportunidad de puntualizar, como el de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición que no devengaron salario ni efectuaron cotizaciones en vigencia del sistema pensional consagrado en las varias veces citada Ley 100 de 1993, que no es la situación debatida en el presente proceso.

Así lo explicó esta Sala de la Corte en la sentencia del 27 de marzo de 1998 (Rad. 10.440) (...)

Así las cosas, la regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 respecto del Ingreso Base de Liquidación es especial

e independiente de las que gobernaban ese tema en los regímenes anteriores y, en consecuencia, no debía estar sujeta a los mismos lineamientos.

Por lo tanto, concluye la Corte que el término devengado, al que se alude en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe entenderse conformado con los ingresos recibidos por el afiliado que, de conformidad con lo establecido por la normas reglamentarias de la Ley 100 de 193, en particular el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994 y en desarrollo de lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sirvan de base para el cálculo de cotizaciones al sistema general de pensiones.

Importa precisar que esa interpretación adoptada por la Corte, que aquí se reitera, no va en contra de lo que ha sido el tratamiento legislativo de la base de liquidación de las pensiones, pues si bien es cierto en varias de las disposiciones legales se acudió al concepto de lo devengado por el trabajador, la Ley 33 de 1985, que es la antecedente de la Ley 100 de 1993, en tratándose de servidores públicos como la actora, al igual que lo hizo ésta, se remitió a la base de los aportes, ya que con toda claridad se indicó en el tercer inciso del artículo 3 que "las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".

Esa disposición fue reiterada por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, que determinó la base de liquidación de los aportes de los, en ese entonces, denominados empleados oficiales, excluyendo algunos conceptos salariales, y precisó que, "En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".

Por manera que la directa relación entre las sumas sobre las que ha debido aportarse y la base de liquidación de la pensión, no es una novedad introducida por la Ley 100 de 1993.

De lo que viene de decirse, se concluye que toda vez que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puntualiza cuáles son los elementos o factores salariales que conforman el ingreso base de liquidación, ante esa omisión es dable acudir al artículo 1 del Decreto 1158 de 1994 para establecerlo, de conformidad con lo señalado por el artículo 18 de la Ley 100 de 1993.

Por lo tanto, no encuentra la Corte razones para modificar el que ha sido su criterio, expuesto, entre otras, en la sentencia del 26 de febrero de 2002, radicación 17192, que aquí se ratifica y en la que se explicó:

El artículo 36, inciso 3, de la Ley 100 de 1993, no define los elementos integrantes de la remuneración del afiliado sujeto al régimen de transición, que conforman el ingreso base para calcular el monto de las cotizaciones obligatorias al Sistema General de Pensiones, ni tampoco los que deben conformar el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, sino que establece los periodos de remuneración que deben tomarse en cuenta para determinar este ingreso.

Por consiguiente, para los referidos efectos resulta indispensable remitirse a lo que dispone el artículo 18 de la ley de seguridad social en cuanto define que el salario mensual base de cotización para los trabajadores particulares será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y que el salario mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que se señale, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992. Y no debe perderse de vista lo que precisaron las normas reglamentarias al respecto para trabajadores particulares y para servidores públicos.

Surge entonces de lo expuesto que el juzgador de segundo grado no se equivocó al aplicar en este caso el artículo 1° del Decreto Reglamentario 1158 de 1994 que señala los factores que determinan el salario mensual de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos, dado que esta disposición forma parte de dicho régimen y en ella no se hace exclusión de ninguna clase.".

De conformidad con lo anterior, es claro que los factores salariales a tener en cuenta frente a un servidor público que es beneficiario del régimen de transición y que tuvo cotizaciones en vigencia de la Ley 100 de 1993, es el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994 que dispone:

"ARTÍCULO 1°. El artículo 6° del Decreto 691 de 1994, quedará así:

"Base de cotización". El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

a) La asignación básica mensual;
b) Los gastos de representación;
c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;
e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
g) La bonificación por servicios prestados;"

De lo probado en el proceso

i) María Berenice Castaño Avendaño nació el 17 de noviembre de 1952 (fl. 30).
ii) La demandante laboró en TELECOM desde el 01 de junio de 1973 hasta el 31 de marzo de 1995 (fls. 11 a 14).
iii) La relación laboral entre las partes terminó por la celebración de un acta de conciliación el 27 de febrero de 1995, estableciéndose que TELECOM garantizaría el pasivo pensional

a que tiene derecho el trabajador de conformidad con la Ley 100 de 1993 (fls. 11 a 14)

iv) Mediante Resolución 2644 de 2007, la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM reconoció pensión de jubilación al actor por ser beneficiario del régimen de transición de conformidad con la Ley 100 de 1993, y por el tiempo que laboró en TELECOM, asumiendo una cuota parte el Fondo de Reserva Pensional de Caprecom- FONCAP (fls. 15 a 19).

v) El 26 de febrero, 21 de mayo de 2013 y 31 de julio de 2013, solicitó a las demandadas la reliquidación de su pensión (fls.20, 21, 27, 28, 36 y 37), no obstante, sus requerimientos fueron despachados desfavorablemente por éstas (fls. 22 a 26, 29 a 35, y 38 a 43).

De conformidad con lo anterior, se observa que a la accionante se le reconoció una pensión legal de jubilación de conformidad con las previsiones de la Ley 100 de 1993 y el régimen de transición, por lo que de acuerdo con la jurisprudencia referida los factores salariales a aplicar son los del Decreto 1158 de 1994.

En igual sentido, se advierte que la demandante además de ser beneficiaria del régimen de transición siguió laborando en vigencia del sistema pensional consagrado en la Ley 100 de 1993, prestando sus servicios a TELECOM hasta el 31 de marzo de 1995; época hasta la que devengó salario.

Así las cosas, los factores salariales con los que se debió liquidar la prestación de la demandante son los del artículo 1° del Decreto 1158 de 1998, norma que no establece en ninguno de sus apartes factores salariales extralegales o convencionales, pues únicamente hace referencia a factores salariales legales, por demás que tampoco incluye prestaciones tales como prima anual, prima de navidad, prima semestral, prima de vacaciones, prima de saturación, ni auxilio de almuerzo.

Finalmente, es necesario advertir que en la Convención Colectiva 1994-1995 se estableció en el artículo 27 lo siguiente:

> **"Artículo 27o. Forma de liquidación de la pensión de vejez para algunos trabajadores.**
>
> El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de los trabajadores que al momento de entrar en vigencia el Sistema de Pensiones de que trata la Ley 100 de 1993, tengan 35 años o más si son mujeres o 40 años más sin son hombres, o 15 años o más de servicio, será el promedio mensual de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para ello contado a partir de la vigencia de la precitada ley, actualizado anualmente con base en la variación

del Índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE" (fls. 265 a 279).

Al respecto, nótese que convencionalmente TELECOM y el Sindicato de Trabajadores de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones-SITTELECOM, no dispusieron que las prestaciones sociales extralegales serían factor salarial para determinar el I.B.L. de la pensión de jubilación y/o vejez que le correspondería a la accionante. Aunado a ello, no encuentra la Sala que frente a la prima de vacaciones, prima de navidad, prima semestral, prima anual, y auxilio de almuerzo, que se encuentran reguladas en el artículo 22 convencional, se hubiese dispuesto que constituían factor salarial para efectos de calcular una pensión jubilación y/o de vejez, por el contrario, se hace referencia a ellas, únicamente como "prestaciones".

Por lo brevemente expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos, conforme las motivaciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de $450.000 a cargo de la parte actora.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados de las partes y estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 09 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **LUIS GUILLERMO VILLA ORREGO** promoviese contra **COLPENSIONES.**

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende el reconocimiento y pago de un retroactivo de su pensión de vejez a partir del 03 de marzo de 2018 y hasta el 01 de agosto de 2018. Igualmente, solicita intereses moratorios e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que: **1)** Nació el 03 de marzo de 1956; **2)** Cuenta con 1456,86 semanas acreditadas en el sistema; **3)** La última cotización que realizó fue por medio de Misión Temporal Ltda. en febrero de 2018; **4)** El 20 de marzo de 2018 solicitó su pensión de vejez; **5)** Mediante la Resolución SUB 185624 de julio de 2018 le fue reconocida pensión de vejez, a partir del 01 de agosto de 2018; **6)** Interpuso recurso de apelación, pero a través de la Resolución DIR 16530 de 2018, se confirmó el acto administrativo inicial.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

COLPENSIONES (fls. 54 a 61), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica.

Expuso que de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 para la causación y disfrute de la pensión por vejez, es necesario además del cumplimiento de los requisitos de edad y semanas cotizadas, el retiro o desafiliación del sistema general de pensiones.

Agregó que en aquellos casos en que el afiliado sea dependiente y haya cumplido los requisitos para adquirir el derecho a la pensión, más no aparece acreditada la desvinculación laboral por parte del empleador, la prestación será reconocida a partir de la fecha de inclusión en nómina.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 09 de septiembre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

> **PRIMERO. - DECLARAR** que al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de su pensión de vejez a partir del 3 de marzo de 2018.
>
> **SEGUNDO. - CONDENAR** a Colpensiones al pago del retroactivo a favor del demandante, causado entre el 03 de marzo de 2018 al 30 de julio de 2018, por valor de $38'365.822,93, suma que deberá ser indexada a la fecha en que se realice su pago efectivo.
>
> **TERCERO. - DECLARAR** probada la excepción de inexistencia de intereses moratorios propuesta por COLPENSIONES y no probadas las demás.
>
> **CUARTO. - ABSOLVER** a Colpensiones de las demás pretensiones incoadas con la demanda.
>
> **QUINTO. - COSTAS**. Serán a cargo de COLPENSIONES y a favor de la demandante. Tásense por Secretaría.

En síntesis refirió que, si bien el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 establece que es necesaria la desafiliación del régimen para disfrutar de la pensión de vejez, lo cierto es que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia es posible inferir la desafiliación de un afiliado por la concurrencia de varios hechos, como lo es, la terminación del vinculo laboral, la falta de pago de aportes, y el cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo para acceder a la pensión.

Dijo que como el actor cotizó hasta febrero de 2018, alcanzó 1456,86 semanas, cumplió la edad el 03 de marzo de 2018, y su último vínculo laboral culminó el 28 de febrero de 2018; y que por lo anterior, se puede

inferir la intención del actor de desafiliarse del sistema a partir del 01 de marzo de 2018.

Señaló que no operó prescripción, dado que la pensión fue reconocida mediante la Resolución SUB 185624 de julio de 2018 y se demandó el 25 de octubre del mismo año.

Concluyó indicando que no hay lugar a intereses moratorios, puesto que Colpensiones dio respuesta dentro del término de cuatro meses la solicitud de pensión del actor; y que al verse sometido el retroactivo a la pérdida del poder adquisitivo del dinero, hay lugar a indexación.

4. APELACIÓN DE SENTENCIA.

PARTE ACTORA.

Adujo que hay lugar a los intereses moratorios, en la medida que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 establece que se deben reconocer en caso de mora en el pago de mesadas pensionales, como se presenta en el asunto, ya que Colpensiones omitió el pago del retroactivo del 03 de marzo al 01 de agosto de 2018.

COLPENSIONES

Expuso que para que haya lugar al reconocimiento pensional es necesario la desafiliación del trabajador; que el empleador Misión Temporal Ltda. efectuó el pago de cotizaciones hasta febrero de 2018 sin efectuar novedad de retiro, motivo por el cual se reconoció la prestación a corte de nómina.

Finalmente, explicó que se deben revocar las costas, ya que Colpensiones ha obrado de conformidad con el ordenamiento legal, por demás que por mandato constitucional no se pueden destinar los recursos públicos a fines diferentes a los que tiene la entidad.

5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

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

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

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y S.S., 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 C.P.T. y de la S.S., 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 que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de un retroactivo por pensión de vejez, entre el 03 de marzo de 2018 y el 30 de julio de 2018; si operó el fenómeno de la prescripción; si se encuentra bien liquidado el retroactivo; y si hay lugar a imponer intereses moratorios.

RETROACTIVO.

El artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos; que será necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma; y que para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo:

> **"ARTÍCULO 13. CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ.** La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo".

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que cuando se está frente a una pensión de vejez de prima media administrada por el I.S.S., el disfrute está condicionado a la desafiliación formal del sistema (sentencias SL6159-2016 y SL5515-2016). Sin embargo, dicha Corporación en sentencia del 20 de octubre de 2009 Rad. 35605, y más recientemente en la SL4073-2020, admitió algunas excepciones a la obligación de desafiliación formal del sistema para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, de manera que cuando en un proceso no obra prueba del acto de desafiliación al sistema, puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta de pago de aportes y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones; circunstancias de las cuales no quede duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional. Así lo dijo, en la aludida sentencia SL4073-2020:

"(...)Sobre la figura de la desafiliación, esta Sala ha considerado que aquella acontece cuando el afiliado exterioriza su voluntad de no continuar amparado para los riesgos IVM en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, manifestación que bien puede ser expresa, reportando la novedad de retiro, o tácita, mediante actos que así lo den a entender. En esa medida, sobre el alcance y sentido de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, la Sala ha adoctrinado que cuando no se cuente con el acto formal de desafiliación, deben examinarse las circunstancias fácticas del caso a fin de determinar en qué momento debe entenderse que el afiliado desiste de su afiliación al sistema pensional y se hace exigible la mesada causada. Así se adoctrinó en la sentencia CSJ SL9036-2017, reiterada, entre otras, en la CSJ SL900-2018:

De conformidad con los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese año, en principio, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

Esos preceptos resultan aplicables al sub lite, por tratarse aquí de una prestación concedida bajo esos reglamentos, en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

No obstante, lo anterior, esta Sala de la Corte en varias de sus jurisprudencias ha morigerado el alcance de esas disposiciones, entre ellas, cuando del comportamiento del asegurado se deriva la intención inequívoca de retirarse del sistema, así formalmente no exista novedad de desafiliación (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015; y CSJ SL5603-2016)" (Subrayado por la Sala).

El caso en concreto

De lo probado en el proceso:

No son objeto de controversia los siguientes hechos: **i**)Luis Guillermo Villa Orrego **nació el 03 de marzo de 1956** (fl. 2); **ii)** cotizó a Colpensiones un total de **1456,86** semanas en toda su vida laboral (fls. 3 a 17); **iii)** El accionante laboró hasta el **28 de febrero de 2018** con Misión Temporal Ltda. (fls. 36 y 37); iv) **El 20 de marzo de 2018**, solicitó pensión de vejez (fl.18); **v)** le fue reconocida de pensión de vejez de conformidad con la Ley 797 de 2003, en cuantía de $7'776.856, **a partir del 01 de agosto de 2018** mediante Resolución SUB 185624 de 2018 (fls. 20 a 25), decisión que fue confirmada mediante Resolución DIR 16530 de 2018, (fls. 30 a 35).

Pues bien, en el análisis de las pruebas que militan en el expediente, se observa que, según resumen de semanas cotizadas por empleador visible en el medio óptico de folio 62, si bien no se presentó la novedad de retiro y/o la novedad de desafiliación por parte de Misión Temporal Ltda., último empleador que tuvo el demandante, para el último periodo que cotizó, esto es, para febrero de 2018, lo cierto es que no se efectuaron más aportes a partir de dicho mes. Igualmente, encontramos que el actor cumplió los

requisitos para pensionarse conforme a la Ley 797 de 2003 en una fecha muy próxima a su última cotización, 03 de marzo de 2018.

Así las cosas, considera la Sala que le asiste razón a la jueza de primera instancia en colegir la desafiliación del actor al sistema de seguridad social integral en pensiones desde febrero de 2018, puesto que presentó cotizaciones hasta tal data, obra certificación de su último empleador (Misión Temporal Ltda.) que da cuenta que laboró hasta el 28 de febrero de 2018 (fls. 36 y 37), acumulaba un total de 1456,89 semanas, y cumplió el presupuesto de la edad en una fecha muy cercana, esto es, el día 03 de marzo de 2018.

Por tanto, y dado que para el 03 de marzo de 2018, se entiende que el demandante se encontraba desafiliado del sistema general en pensiones y se cumplieron los requisitos de que trata la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión de vejez, es decir, acumular más de 1300 semanas y alcanzar la edad de 62 años, se considera acertada la decisión del A Quo de reconocer la pensión desde el día 03 de marzo de 2018 y, en consecuencia, un retroactivo hasta el 30 de julio de 2018, puesto que la prestación pensional se reconoció desde el 01 de agosto del mismo año.

Prescripción.

La finalidad de la prescripción no es otra que la de consolidar situaciones jurídicas concretas, en consideración al transcurso del tiempo. En ese orden de ideas, el paso del tiempo extingue el derecho o la obligación, en razón a que la persona interesada no ejerce el derecho dentro del tiempo estipulado por la ley. En materia laboral, el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., dispone:

> **"ARTICULO 151. PRESCRIPCION.** Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual".

En el caso objeto de estudio, encontramos que el accionante solicitó su pensión de vejez el 20 de marzo de 2018; que mediante Resolución SUB 185624 de 2018, notificada el 19 de julio de 2018 se reconoció la prestación a partir del 01 de agosto de 2018; y que se demandó el 25 de octubre de 2018 (fl.1).

Por tanto, le asiste razón a la A Quo al establecer que no operó el fenómeno prescriptivo, pues inclusive, desde la primera mesada que se reconoce, que data del 03 de marzo de 2018 y la presentación de la demanda, 25 de octubre de 2018, claramente no transcurrieron más de los tres años de que trata el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S.

Valor del retroactivo.

Teniendo en cuenta que el valor sobre el cual se reconoció la pensión es $7'776.856, tenemos que se debe pagar por concepto de retroactivo la suma de **$38'365.822,93**, mismo valor impuesto por la A Quo:

RETROACTIVO			
AÑO	VALOR MESADA	MESADAS	VALOR MESADA
2018	$ 7'776.856	4,93	$ 38'365.822,93

Por lo anterior, se considera acertado el valor impuesto por la Jueza de Primera Instancia, y en ese orden de ideas se confirmará.

Intereses moratorios e indexación.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha expuesto reiteradamente que la imposición de intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. **42783**, la del 29 de mayo de 2003, **rad. 18789**, así como la **SL8949-2017 y SL3947-2020)**, pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, **Rad. 43602**, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, **Rads. 44526 y 45312, así como en la SL16390-2015, SL552-2018 y SL1019-2020**).

En el *sub examine*, se encuentra que las razones que adujo Colpensiones para no reconocer en fecha anterior a la que reconoció la prestación a favor del accionante fue la falta de novedad de retiro y/o desafiliación al sistema de seguridad social en pensiones, tal y como dan cuenta las Resoluciones SUB 185624 y DIR 16530 de 2018 (fls.20 a 25 y 30 a 35), en las que se citó para el efecto lo establecido en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 que dispone *"La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de la parte interesada pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma"*.

Por tanto, es dable considerar que el obrar de Colpensiones tiene respaldo normativo, su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley y, como quedó visto, el reconocimiento del retroactivo se realiza de conformidad con una situación excepcional y especial que ha sido establecida por la jurisprudencia de la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia.

Pese a lo expuesto, la Sala considera que es acertada la condena impuesta por la Jueza de Primera Instancia atinente a reconocer el retroactivo en mención debidamente indexado, pues su valor se ve sometido a depreciación monetaria, debiendo garantizarse el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa, por lo que tal aspecto se confirmará. Lo dicho, de conformidad con las sentencias SL194-2019, SL3397-2020 y SL359-2021.

Por lo brevemente expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia.

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 de origen y fecha conocidos, por lo expuesto en la parte motiva de esta 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.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **JUAN PABLO SALAZAR FALLA** promoviese contra **ALMACENES ÉXITO S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS.

En lo que aquí concierne, con la demanda el actor pretende el reconocimiento y pago de una indemnización por despido sin justa causa.

Como fundamento de sus pretensiones argumenta que trabajó al servicio de la demandada del 02 de mayo de 1995 al 28 de mayo de 2015; y que fue despedido por la demandada, por solicitar préstamos a sus compañeros de trabajo sin efectuar su pago.

2. RESPUESTA DE LA DEMANDADA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

ALMACENES ÉXITO S.A. (fls. 159 a 166) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, cobro de lo no debido, pago, inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio, y las demás que se demuestren en juicio.

Expuso que el reglamento interno de trabajo establece en el numeral 41 del artículo 79 que es falta grave "pedir en préstamo o hacer préstamos de dinero a compañeros de trabajo de cualquier nivel, pero especialmente si son subalternos".

Finalmente dijo que el accionante confesó al momento de rendir descargos que recibió préstamos de sus compañeros de trabajo, y que era consciente que existía una prohibición al respecto en el reglamento interno de trabajo.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 13 de julio de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria.**

En síntesis, refirió que no existe controversia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo entre las partes que se extendió entre el 02 de mayo de 1995 y el 28 de mayo de 2015.

Encontró acreditado el hecho del despido, dado que obra carta de terminación en la que se efectuó la finalización del vínculo laboral del actor.

Al auscultar la prueba encontró, que dentro del reglamento interno de trabajo se establece que es falta grave pedir préstamos de dinero a los compañeros de labor, especialmente a los subalternos; que está acreditado con el acervo probatorio obrante en el plenario que el accionante solicitó a sus compañeros préstamos de dinero y, particularmente, a su subalternos, por demás que sobre tal situación fáctica, obró confesión ficta; y que lo anterior no sólo es una prohibición reglamentaria sino que es un acto inmoral que constituye justa causa de conformidad con el artículo 62 del C.S.T, más aún cuando se tiene por acreditado que generó consecuencias negativas a uno de sus compañeros de trabajo.

Concluyó indicando que existe inmediatez entre la fecha de terminación y el momento en que se presentó la justa causa, ya que el proceder del accionante se extendió en el tiempo, y ello se reconoció en diligencia de descargos.

4. APELACIÓN DE SENTENCIA

La apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación en contra de la anterior decisión; argumentando que no se presentó inmediatez entre los hechos generadores del despido y la terminación del vínculo laboral, ya que no se encuentra probado en el proceso que en mayo de 2015 fue cuando la empresa se enteró de los préstamos de dinero que solicitaba el accionante a sus compañeros de trabajo.

Agregó que según diligencia de descargos la empresa tuvo conocimiento de los hechos desde mediados de 2014.

5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

En razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, ratificándose en los hechos que fundamentan sus pretensiones y excepciones.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, 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 que el **problema jurídico** s resolver, se circunscribe a determinar si hubo inmediatez en el despido con justa causa fulminado por la pasiva al demandante, por cuanto este argumenta que la decisión se tornó extemporánea al afirmar que el despido se dio en el año 2015 y la empresa tuvo conocimiento de la falta grave en el año 2014.

INMEDIATEZ DEL DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

El despido injusto se presenta cuando las causales de terminación que alega el empleador para terminar el vínculo laboral no están contempladas en el artículo 62 del C.S.T.

Ahora bien, para que un despido de un trabajador por justa causa sea válido, debe existir inmediatez entre la fecha de la comisión de la falta y la fecha de su despido, de manera que de evidenciarse un exceso en el tiempo transcurrido entre la ocurrencia de la causal y la decisión de finiquitar el vínculo laboral, rompe el nexo causal que debe existir entre el motivo alegado por el empleador y la terminación unilateral del vínculo.

Sobre el tópico, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL18110-2016 reiterada en la SL3108-2019 recordó:

> "Ahora bien, en lo que tiene que ver con la extemporaneidad del despido -punto (i)-, conviene recordar que esta Corporación, ha sostenido de forma pacífica que la terminación del contrato de trabajo por justa causa por parte del empleador debe ser, además de explícita y concreta, tempestiva, toda vez que aun cuando el legislador no ha establecido límites temporales máximos para que ante tal situación este invoque en su favor la condición resolutoria del vínculo jurídico, no puede olvidarse que entre las causas que le dan

origen y la determinación de despido que se adopte, no debería mediar término o, a lo sumo, el que resulte apenas razonable, y que de no proceder el empleador a despedir a su trabajador de forma inmediata o dentro de un término prudencial, en sana lógica se entenderá que absolvió, perdonó, condonó o dispensó la presunta falta".

DEL CASO EN CONCRETO

De lo probado en el proceso:

En el asunto bajo estudio no son hechos objeto de controversia que **i)** Juan Pablo Salazar Falla prestó sus servicios bajo contrato de trabajo a término indefinido para ALMACENES ÉXITO S.A., desempeñando el cargo de Supervisor Entretenimiento Éxito del 02 de mayo de 1995 al 28 de mayo de 2015, según certificación, y liquidación final de prestaciones sociales obrantes a folios 21 y 23; **ii)** que al accionante le fue terminado su contrato de trabajo argumentándose por parte del empleador una justa causa, (fl.22); **iii)** que al interior de la sociedad empleadora es falta grave según el numeral 41 del artículo 79 del reglamento interno de trabajo "pedir en préstamo o hacer préstamos en dinero a compañeros de trabajo de cualquier nivel, pero especialmente si son subalternos" (fls. 26 a 47); **iv**) que el **día 27 de mayo de 2015**, el actor fue llamado a rendir descargos para el día 28 del mismo mes y año, por los préstamos de dinero que solicitó a sus compañeros de trabajo y subalternos (fl.190); **v)** que el día 28 de mayo de 2015 se efectuó diligencia de descargos (fls.191 a 195) y finalmente; **vi)** no es objeto de controversia en ésta instancia que **el despido del actor se debió a una justa causa por cometer falta grave** según el numeral 41 del artículo 79 del reglamento interno de trabajo por "pedir en préstamo o hacer préstamos en dinero a compañeros de trabajo de cualquier nivel, pero especialmente si son subalternos"

En el caso objeto de estudio, se advierte que el hecho generador del despido del accionante se encuentra acreditado con la carta de terminación obrante a folio 23, mediante la que se dispuso que: i) El accionante ha pedido dinero prestado a sus compañeros de trabajo y subalternos; ii) No ha cumplido con sus obligaciones dinerarias; y iii) Se encuentra inmerso en dos

deudas externas en las que es deudor solidario su compañero de trabajo, Andrés Castro, quién se ha visto afectado ante las centrales de riesgo por la falta de pago de tales compromisos.

Dicho lo anterior, y con el fin de verificar si existió inmediatez en el despido del accionante, se allegó acta de descargos, en la que se dejó constancia que éste había solicitados préstamos de dinero a subalternos y a personas de su mismo cargo; que no ha cumplido sus obligaciones dinerarias; que su compañero de trabajo, Andrés Castro, es deudor solidario en un compromiso que tiene con dos entidades externas a las que aún no le ha efectuado el correspondiente pago; que a Ana Cifuentes, subalterna, le adeudaba la suma de $1'400.000 desde 2012, de lo que le ha abonado $1'050.000 (lo que pagó entre el 15 de abril y el 15 de mayo de 2015); que a Lina Nieves, subalterna, en 2013 le pidió prestada la suma de $1'300.000, de lo que sólo le ha abonado $400.000, adeudándole a la fecha $1'500.000 con ocasión a los intereses causados; que le adeuda a Yesica Beltrán la suma de $100.000 desde diciembre de 2014; que a Leonardo Pinzón le pidió $50.000 en febrero, y $20.000 en marzo; que no se ha acercado al fondo de empleados para solicitar el préstamo; que es consciente que en varias oportunidades el área de Gestión Humana y la Gerencia del Éxito Chapinero había hablado con él respecto a la falta referente a sacar dineros prestados frente a lo que se comprometió a su pago; y que tenía conocimiento que la falta se encuentra expresamente contemplada en el reglamento interno de trabajo (fls. 191 a 195).

Así mismo, ante la inasistencia del demandante a las audiencias de conciliación y a rendir interrogatorio de parte, se presumió que eran ciertos los fundamentos fácticos 1 a 19 de la contestación de la demanda visibles a folios 165 y 166, en los que se señaló: que el contrato terminó con justa causa, que el accionante recibió préstamos de dinero de diferentes compañeros de trabajo (incluyendo subalternos), y que es deudor solidario de una obligación que tiene con dos entidades externas a un compañero de trabajo. Al punto, es menester recordar que en sentencia del 23 de agosto de 2006, Rad. 27060, reiterada en las sentencias del 30 de enero de 2013, Rad. 41419 y en la SL14850-2014, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia señaló:

> "En efecto, la sanción prevista por el numeral segundo del inciso 7° del artículo 39 de la Ley 712 de 2001, consistente en presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión de la demanda cuando el demandado no comparece a la audiencia de conciliación, se halla concebida en términos similares a las consagradas en los artículos 56 del Código Procesal del Trabajo y 210 del Código de Procedimiento Civil, de tal modo que le resultan aplicables los mismos requerimientos que a estas para que pueda conducir a una confesión presunta. En relación con esas consecuencias ha precisado esta Sala de la Corte que es necesario que el juez deje constancia puntual de los hechos que habrán de presumirse como ciertos, de tal manera que no es válida una alusión general e imprecisa a ellos, como la efectuada en este caso, en que el que el juez de la causa se limitó a consignar en la audiencia celebrada el 8 de marzo de 2004 (folio 67) que "... Se presumirán como ciertos todos aquellos hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la contestación de la demanda y en las excepciones de mérito propuestas en la misma, pues de no admitir esa prueba, se tendrán entonces como un indicio grave en su contra", pero sin precisar, como era su deber, cuáles de esos hechos se tendrían como ciertos, ni, por la misma razón, cuáles constituirían indicio grave, prueba que, como es sabido, no es hábil en la casación del trabajo'
>
> Puestas en este escenario las cosas, si en la providencia que puso fin a la primera instancia el juzgador nada dijo sobre la confesión ficta o presunta, teniendo presente todas circunstancias anotadas, no podía la sala sentenciadora, declarar en el fallo de segunda instancia confeso al demandado".

De esta manera, encuentra la Sala acreditado con la diligencia de descargos y la presunción de los hechos 1 a 19 de la contestación de la demanda, (no hubo interrogatorios de parte ni testimonios) que el accionante ha solicitado préstamos de dinero a subalternos y a personas de su mismo cargo; que no ha cumplido sus obligaciones dinerarias; que Andrés Castro es deudor solidario en un compromiso que tiene con dos entidades externas a las que aún no le ha efectuado el correspondiente pago, no obstante, no se especificó fecha; que a Ana Cifuentes, subalterna, le adeudaba la suma de $1'400.000 desde 2012, de lo que le ha abonado $1'050.000 (lo que pagó entre el 15 de abril y el 15 de mayo de 2015); que a Lina Nieves, subalterna, en 2013 le pidió prestada la suma de $1'300.000, de lo que sólo le ha abonado $400.000, adeudándole a la fecha de los

descargos, $1'500.000 con ocasión a los intereses causados; que le adeuda a Yesica Beltrán la suma de $100.000 desde diciembre de 2014; y que en varias oportunidades el área de Gestión Humana y la Gerencia del Éxito Chapinero había hablado con él respecto a la falta referente a sacar dineros prestados frente a lo que se comprometió a su pago.

Por tanto, y si bien no obra una prueba que dé certeza desde cuándo conoció el empleador que su trabajador estaba solicitando préstamos a sus compañeros de trabajo y sus subalternos, pues únicamente se señala, someramente en diligencia de descargos, que en varias oportunidades el área de Gestión Humana y la Gerencia del Éxito de Chapinero hablaron con él respecto de su conducta de pedir dinero prestado y pagar sus deudas, lo cierto es, que es precisamente por lo reiterativo de la conducta que se puede establecer su gravedad, más aún cuando existe por parte del trabajador un compromiso de pagar sus compromisos económicos, y en vez de dar cumplimiento a este, existe renuencia en corregir su actuar, pues nótese que continuó solicitando prestamos de dinero año a año (de 2012 a 2015).

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de vieja en sentencia SL4024 del 10 de diciembre de 1990 reiterada en la SL5416-20180, estableció:

> "Si bien es cierto que debe existir una relación de causalidad entre el instante del despido y la fecha en que el trabajador incurrió en la comisión de la falta en que se basó el patrono para tomar tal determinación, no lo es menos que éste puede aducir otros motivos considerados como justas causas legales para dar por terminado el contrato de trabajo, así como el reglamento de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo o el contrato de trabajo, sin que pueda decirse válidamente que lo distante de algunas de estas faltas, existiendo una principal cercana, tornen esa decisión en arbitraria pues al contrario es acertada esa relación cuando se pretende demostrar la mayor gravedad de esta última en razón a la conducta reiterada del trabajador y su renuncia a corregirla, siendo cosa bien distinta que la determinación de dar fin a la relación de trabajo por parte del patrono se funde únicamente en motivos lejanos en el tiempo o no considerados como graves. Igualmente, nada impide al patrono tomar la resolución de terminar la relación laboral en el mismo motivo por el cual anteriormente sancionó o llamó al orden al trabajador cuando quiera que éste persista en

la misma actitud constitutiva de justa causa para dar término al contrato de trabajo".

Así las cosas, y dado que encontramos que la conducta del accionante se reiteró en el tiempo y que se presentó inclusive hasta **febrero y marzo de 2015** cuando solicitó a su compañero Leonardo Pinzón las sumas de $50.000 en febrero, y $20.000, respectivamente, fechas que no son lejanas al momento del despido, 28 de **mayo de 2015** (fl.22), aubado al hecho de la diligencia de descargos efectuada de manera concomitante al despido, se considera razonable el tiempo en que se tomó la decisión de efectuar el despido, pues únicamente transcurrieron aproximadamente tres meses, por manera que a juicio de la Sala el despido gozó de inmediatez.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia por gozar el demandante de amparo de pobreza (fl.217).

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.

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: 11001310502620190051901
Demandante: **OTONIEL CONDE YATE**
Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.
Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. 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.

TERCERO: Téngase por reasumido el poder por el Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ, identificado con C.C. No. 79.985.203 y T.P. No. 115.849 del C.S. de la J., como apoderado principal de Porvenir S.A.

II. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la demandada **PORVENIR S.A.**, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de **COLPENSIONES** la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 17 de junio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **OTONIIEL CONDE YATE** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**

– COLPENSIONES 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 efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada a través del fondo de pensiones y cesantías **PORVENIR S.A.,** en el mes de octubre del año 2005.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación del accionante y a **PORVENIR S.A.**. a que devuelva a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 60-74) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la innominada o genérica.

Adujo que, la parte actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo cual demuestra que el afiliado era consciente sobre el formulario que suscribió para cambio de régimen y la elección del régimen y de la administradora se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones.

Refirió que el accionante no podrá retornar al Régimen de Prima Media, (en adelante RPM) por ausencia de requisitos legales y jurisprudenciales para su procedencia, esto es no es posible su traslado porque no cumple con los requisitos dispuestos en la ley y en las sentencias C-1024 de 2004, SU-062 de 2010 y SU 130 de 2013.

Reiteró que los beneficiarios del régimen de transición por edad, pierden automáticamente los beneficios de dicho régimen al trasladarse voluntariamente al Régimen de Ahorro Individual, (en adelante RAIS), dejando claro la Corte Constitucional que las únicas personas amparadas por el régimen de transición que quieren retornar en cualquier tiempo al RPM con el fin de pensionarse de acuerdo a las normas anteriores a la Ley 100 de

1993 son aquellos que tengan 15 años de servicios cotizados al 1° de abril de 1994.

Frente a la nulidad, destaca que cualquier declaración de esta, como acto jurídico estaría actualmente prescrita conforme lo dispone el artículo 1750 del Código Civil, además, que no puede alegarse la nulidad de la afiliación efectuada ante el fondo de pensiones, ya que no puede trasladarse un contrato de vinculación solo por el hecho de advertir posteriormente inconformidades con las normas y lineamientos propios del RAIS.

Expresó que la parte actora manifiesta como regla principal que fue inducida por un supuesto error al que fue sometido por parte del promotor comercial del fondo privado, al no informarle unos presuntos beneficios que la parte actora creía tener y otras más, lo cual no fue demostrado.

PORVENIR S.A. (fls. 91-120) se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo y la innominada o genérica.

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 el 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.

Arguyó 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.

Finalizó 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 legitima que la lleve a ser cobijada bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

3. SENTENCIA APELADA

La ***A quo*** dictó sentencia condenatoria:

*"**PRIMERO:** Declarar ineficaz el traslado efectuado por el demandante Otoniel Conde Yate identificado con C.C. No. 19.374.775 del régimen de ahorro individual con solidaridad, a partir de septiembre de 2005.*

***SEGUNDO:** Condenar a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, la totalidad de los aportes realizados por el señor Otoniel Conde Yate, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, junto con sus rendimientos financieros y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración*

***TERCERO:** Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas.*

***CUARTO:** Declarar no probadas las excepciones propuestas. (...)"*

En síntesis, la a quo adujo que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 12136 del 2014 – rad. 49296, y en virtud de lo previsto en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, concluyó que en casos como el presente, lo que debe analizarse es si el acto jurídico que generó el traslado resulta eficaz.

Expuso que, en la mencionada sentencia señaló la Corte que para que se entienda que la afiliación fue realizada de manera libre y voluntaria, se debe verificar si la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen y sus beneficios, debiendo garantizarle una decisión informada.

Refirió que, en múltiples pronunciamientos, la mencionada Corporación ha sido enfática en manifestar que el consentimiento debe ser debidamente informado, esto es, debe indicársele al afiliado todas y cada una de las características del traslado, para que la decisión sea debidamente informada. Así, en la sentencia 68852 de 2019 se estableció que el deber de información debe contener por lo menos las características, condiciones, accesos, efectos y riesgos de cada régimen, lo que incluye dar a conocer si el afiliado es beneficiario del régimen de transición y la pérdida de los eventuales derechos de transición.

Para el caso particular, indicó, que el demandante no era beneficiario del régimen de transición, razón por la cual, la entidad demandada no tenía la obligación de suministrar dicha información, sin embargo, en el año

2005, **PORVENIR S.A** debía informarle las características propias del RAIS, así como los efetos y riesgos de cada régimen, con el fin de que el afiliado tomara una decisión debidamente informada.

De la prueba documental concluyó que el demandante, efectivamente suscribió el formulario de afiliación el día 28 de septiembre de 2005, en cuanto al interrogatorio de parte, se tiene que, al accionante se le informaron sobre unos rendimientos financieros, que son una de las características del RAIS, pero de ello no se desprende que el fondo de pensiones le haya informado que sucedía en caso de no tener dichos rendimientos y que el hecho que el demandante sea contador, no significa que tenga conocimiento respecto de dichas circunstancias.

Indicó que corresponde a **PORVENIR S.A** demostrar que al accionante se le brindó la información necesaria al momento del traslado de régimen y que, si bien es cierto una de las motivaciones del demandante fue el rendimiento financiero, se le debía suministrar no solo esa información sino toda la necesaria para que el demandante tuviera claras las características de cada régimen.

Refirió que, en el presente caso, no se le dieron a conocer las modalidades de pensión, los ítems que se tenían en cuenta para la mesada pensional, los abonos voluntarios, tampoco se le explicaron los elementos propios del RPM con el fin de que el demandante pudiera comparar cuál de los dos regímenes le era más favorable para su caso particular, circunstancias que debieron ser acreditadas por la parte demandante, situación que en este caso, no se logró.

Dijo que el fondo de pensiones no acreditó que se le hubiera puesto de presente el reglamento donde se encuentran las obligaciones de los afiliados, como lo ordena el Decreto 657 de 1994, cuyo artículo 15 dice que es deber de las administradoras ponerle de presente a los afiliados, al momento se la afiliación, el reglamento y cada vez que se modifique, mostrarle cuales son sus obligaciones y deberes, situación que no fue demostrada en este caso.

Expuso que, tampoco se probó habérsele informado al demandante que antes de que le faltaran 10 años para cumplir con la edad para la pensión, podría retornar al RPM, lo cual era necesario para que el accionante pudiera tomar una decisión frente a cuál de los dos regímenes le convenía más.

Concluyó indicando que la demandada no acreditó haber brindado una información clara, oportuna, suficiente y eficaz para que el demandante tomara una decisión debidamente informada, siendo deber de **PORVENIR S.A** acreditar dicha circunstancia, lo que no aconteció.

4. APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Solicitó tener en cuenta que para el momento del traslado, como lo manifestó el demandante, él llamó al asesor para que le diese la asesoría y en ningún momento manifestó que fuera un vendedor sino un asesor.

Expuso que, se encontraban frente a lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, donde en ningún momento el asesor está llamado a desestimular ningún tipo de afiliación y que el fondo cumplió efectivamente con el deber de información que para el momento histórico estaba vigente al momento del traslado de régimen, ya que el documento único que prueba la afiliación es el formulario que suscribió y que el accionante manifiesta no haber leído y que fue firmado de manera libre y espontánea, sin ningún tipo de presión.

Mencionó que, el demandante era una persona consciente del régimen y de sus características y no es que no se le haya dado ningún asesoramiento frente a los regímenes pensionales, el que abandonaría y al que pretendía afiliarse, pues él manifestó que conocía los aportes voluntarios y que aproximadamente del momento de la demanda y 10 años atrás empezó a conocer de dichos aportes voluntarios y en ningún momento manifestó, en ese entonces, su intención de cambiarse de régimen, ya que él conocía que esos aportes voluntarios le permitirían incrementar los rendimientos en su cuenta de ahorro individual.

Refirió que la afiliación del demandante fue libre y consciente, pues él llamó al asesor y firmó el formulario, además, nunca quiso preguntar más allá de lo que era su situación pensional, pues su motivación fueron los rendimientos.

En cuanto al tema de los gastos de administración, señaló que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 establece que los gastos de administración no sólo están autorizados para descontarse por los fondos privados, pues Colpensiones también los descuenta, emolumentos que se cobran de manera legal y por una debida gestión que el fondo hace para que en la cuenta se generen unos rendimientos, los cuales han sido acreditados en la cuenta de ahorro individual del demandante y si lo que se pretende es que las cosas vuelvan a su estado natural, como si nunca hubiese existido dicho traslado de régimen, solicita se retorne al fondo los intereses que dicha cuenta ha generado, pues los gastos de administración ya se encuentran causados para cada período.

Finalmente, solicitó se tenga en cuenta la condena en costas, ya que se les condenó a estas por la indebida asesoría del fondo de pensiones, la cual quedó determinada, en el interrogatorio de parte, que el afiliado recibió, además este no se encuentra incurso en ninguna de las características que señala el artículo 899 del estatuto civil, ya que es una persona capaz y consciente para realizar un negocio jurídico, del cual no se preocupó por acercarse al fondo para preguntar por las inquietudes que tuviera, máxime cuando se está en presencia de un negocio de doble vía, donde el fondo asesora, pero también el afiliado debía estar pendiente de las condiciones del negocio.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 09 de noviembre 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 de 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 reiteraron lo expuesto en la demanda y contestaciones, así como en el recurso interpuesto.

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

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

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no 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.

DE LA 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 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	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los 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 Io que más le conviene y, por tanto, Io que podría perjudicarle
Deber de información , asesoría, buen	Ley 1748 de 2014 Articulo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los

consejo y doble asesoría.	Circular Externa n. 0 016 de 2016	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".

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 explícita 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. 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. Corno 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.

En cuanto al argumento presentado por Porvenir S.A. en su apelación referente a que el demandante tenía la obligación de asesorarse al ser el negocio celebrado uno de doble vía, si bien ello resulta acertado, esto no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado a la afiliada la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

EL CASO EN CONCRETO:

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 28/01/1985 (fl 74 disco compacto); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 28/09/2005 a través de la A.F.P PORVENIR S.A (fl 101); y **iii)** que el día 01/12/2017 (fl 17 y 20) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

A folio 101 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 28 de septiembre de 2005 con la AFP **PORVENIR 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 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 el fondo privado **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 expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*

[1] SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

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 reequilibro 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, por lo que no se requiere que el demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos.

Frente a la inconformidad de la apelante **PORVENIR S.A** 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.

En cuanto a lo solicitado por la entidad apelante respecto de la condena en costas, es de anotar que en los términos del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte vencida y en este caso ello acaeció con Porvenir S.A.

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.

Al respecto, 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, por encontrarse ajustada a derecho.

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**,

R E S U E L V E

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.

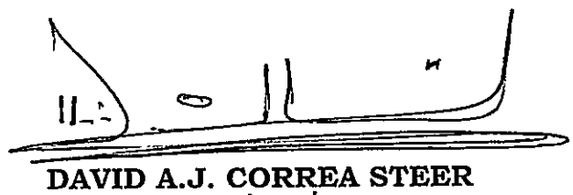
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Voto.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados de Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., y Colpensiones, así como estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **JUAN ERNESTO VARGAS URIBE promoviese contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS.

En lo que aquí concierne, con la demanda el actor pretende se declare la *"nulidad"* o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. restituya todos los valores que hubiere recibido por concepto de la afiliación del demandante, y que Colpensiones reciba tales valores y contabilice las semanas para efectos de pensión.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 85 a 98), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, excepción de error no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, y la innominada o genérica.

Expuso que de conformidad con la sentencia C-1024 de 2004, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; y que lo anterior, tiene como fin descapitalizar el fondo común del régimen solidario de prima media con prestación definida, y simultáneamente defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, puesto que se aparta del valor material de la justicia que personas que no han contribuido a obtener una pensión, resulten finalmente beneficiados por el riesgo que fue asumido por otros.

Explicó que la Ley 1328 de 2009 hace referencia únicamente a que a un consumidor financiero se le debe poner de presente información mínima, fijándose sólo hasta 2014 que se brinde una asesoría por ambos regímenes al afiliado; que con la Circular 01 de 2016 fue que se estableció por parte de la Superintendencia Financiera la obligación de brindar asesoría a los afiliados al momento de realizar traslados de régimen; y que tan sólo con el Decreto 2071 de 2015 se estableció el deber legal de realizar proyecciones pensionales.

En último término, señaló que de existir algún vicio del consentimiento sería un error, no obstante, este recaería sobre un punto derecho, por lo que no viciaría el consentimiento; que cualquier nulidad que se pudiere presentar fue saneada por el paso del tiempo; y que operó la excepción de prescripción, dado que el accionante contaba con un término de diez años conforme al artículo 2536 del C.C.

Por su parte, **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** (fls. 111 a 127), de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

Expuso que el desconocimiento de la ley no genera un vicio del consentimiento; que el demandante contaba con plena capacidad legal para efectuar su traslado y la lesión enorme únicamente se puede predicar en casos de compraventa; que no toda omisión en el deber de información afecta el consentimiento, pues debe existir un daño claro, cierto y determinable en el afiliado, el que debe estar claramente demostrado; que el actor de ser una persona diligente hubiese verificado las condiciones, características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales; que el error de hecho no se configura no sólo porque el actor siguió cotizando sino también porque se traslado cinco veces de administradora de pensiones; y que el accionante no alega que al momento de efectuarse su traslado de régimen hubo fuerza.

Manifestó que, la prescripción máxima sería de cuatro años para solicitar la recisión o nulidad del contrato, conforme al artículo 1750 del C.C.; y que de existir una nulidad, ésta ya se encontraría saneada por ratificarse el interés del demandante al permanecer en el régimen.

Indicó que la obligación de información y buen consejo no se encontraba vigente para el momento del traslado de régimen pensional, pues este nació con la expedición de los Decretos 2555 de 2010, y 2071 de 2015, y la Ley 1748 de 2015.

Concluyó expresando que no es dable aplicar los precedentes jurisprudenciales citados con la demanda respecto a la inversión de la carga de la prueba, en la medida que el accionante no contaba con una expectativa legítima de pensión y no era beneficiario del régimen de transición.

PORVENIR S.A. (fls. 180 a 185) también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, y la innominada o genérica.

Expuso que la decisión de traslado del accionante fue libre y voluntaria; que sus asesores comerciales reciben permanentemente capacitación a fin de garantizar que se brinde una adecuada orientación y asesoría a los potenciales afiliados y que estén en capacidad de responder las dudas que éstos le manifiesten; que son enfáticos en señalar que el régimen de ahorro individual pone en manos de los afiliados su futuro pensional, de manera que a través de la planeación y el ahorro puedan acceder a una pensión, para lo que resulta necesario un nivel de permanencia en las cotizaciones y efectuar cotizaciones voluntarias; y que por lo anterior, no puede tildarse falsa la información del asesor referente a que un afiliado puede lograr una pensión más alta y a una edad anterior al

régimen de prima media, no obstante, ello dependerá de su planeación pensional.

Indicó que la asesoría en los términos que los plantea la accionante sólo surgió con la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010 según Concepto N ° 2015123910-002 de 2015 de la Superintendencia Financiera.

Apuntó que la manifestación libre y voluntaria del accionante de afiliarse a la administradora de pensiones quedó plasmada al momento de suscribirse el formulario de afiliación, el que se suscribió de conformidad con el Decreto 692 de 1994; y que el demandante contaba con el derecho de retracto de que trata el Decreto 1161 de 1994.

Señaló que mediante aviso de prensa en el diario El Tiempo se le comunicó a la ciudadanía las modificaciones que trajo la Ley 797 de 2003, especialmente lo referente a la imposibilidad de trasladarse cuando faltaren menos de diez años para cumplir los requisitos de cumplir la edad para acceder a una pensión de vejez, y que aunado a lo anterior, la demandante ha tenido acceso a la información pensional a través de campañas de educación financiera que efectúa el fondo.

Indicó que el error de hecho sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especial del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen en el contrato suscrito por el actor.

Manifestó que, la prescripción máxima sería de cuatro años para solicitar la recisión o nulidad del contrato, conforme al artículo 1750 del C.C.; que de existir una nulidad, esta se encontraría saneada por ratificarse el interés del demandante al permanecer en el régimen, pues no sólo realizó aportes a sistema a través de su administradora de pensiones sino también porque se trasladó de fondo en cinco ocasiones.

Concluyó expresando que la inversión de la carga de la prueba recae en cabeza del demandante, quien es el encargado de acreditar la veracidad de los hechos en que se sustentan las pretensiones, lo que es conteste con el artículo 835 del C.Co. que establece que la carga de la prueba en cabeza de quien alegue la culpa o la mala fe; y que no es dable aplicar el precedente judicial, dado que no se está frente a un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones pues los supuestos de hecho son diferentes, ya que el actor no es beneficiario del régimen de transición ni contaba con una expectativa legítima.

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.** (fls. 212 a 217) asimismo se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante en la administradora de fondo de pensiones

Protección S.A., declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación de la A.F.P., buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción, y la genérica.

Indicó que el actor suscribió el formulario de afiliación a la A.F.P. Pensiones y Cesantías Santander hoy Protección S.A., en la que se estableció que solicitaba de manera libre, espontánea y sin presiones su traslado de régimen pensional.

Dijo que con la expedición de la Ley 797 de 2003 se estableció una restricción para trasladarse para aquellas personas que le faltaren diez años o menos para cumplir la edad requerida para acceder a la pensión de vejez; y que conforme a la sentencia C-1024 de 2004 únicamente pueden trasladarse de régimen en cualquier tiempo, los beneficiarios del régimen de transición que hubiesen acumulado al 01 de abril de 1994, 15 años de servicios.

Manifestó frente a las cuotas de administración que durante todo el tiempo que perduró la afiliación del actor ha administrado los dineros que fueron depositados por él, con la mayor diligencia y cuidado, lo que se ve evidenciado en los rendimientos financieros que se generaron; que en virtud de lo establecido en el artículo 1746 del C.C., hay lugar a restituciones mutuas cuando se producen frutos y mejoras producto de la buena gestión del fondo privado; y que se vulnera el principio de igualdad al devolverse los aportes y rendimientos a Colpensiones, dado que ésta estaría recibiendo unos rendimientos que se generaron fue por su buena administración de los aportes pensionales.

En último término, adujo que no hay lugar a la devolución de los aportes por concepto de seguro previsional, ya que mensualmente se le descontó un porcentaje con el fin de que estuvieran asegurados los riesgos de invalidez y muerte; y que el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S. establece un término de tres años para solicitar la nulidad y/o ineficacia del traslado, no obstante, la afiliación a tal fondo data del 24 de julio de 2002.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 18 de agosto de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

PRIMERO. - DECLARAR la ineficacia del traslado del actor del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrada por Porvenir S.A y de los posteriores traslados efectuados entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad.

SEGUNDO. - CONDENAR a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual.

TERCERO. – ORDENAR a COLPENSIONES a afiliar nuevamente al actor al régimen de prima media con prestación definida y recibir las cotizaciones de la sociedad OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

CUARTO. – DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción, error en derecho no vicia el consentimiento, e inexistencia de la obligación formulada por COLPENSIONES; las de prescripción y cobro de lo no debido por ausencia de causa o inexistencia de la obligación formuladas por OLD MUTUAL; las de prescripción, buena fe, enriquecimiento sin causa, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas formuladas por PORVENIR S.A.; y las de prescripción, buena fe e inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante en Protección, formuladas por PROTECCIÓN S.A.

QUINTO. - CONDENAR a las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., al pago de las costas del proceso en la suma de $800.000 como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas, y a favor del demandante.

En síntesis, refirió que PORVENIR S.A. no acreditó su carga probatoria de demostrar que al momento del traslado del régimen del actor se le brindó la correspondiente información para que pudiera tomar su decisión de traslado de manera informada, pues no obra prueba alguna que dé cuenta de tal situación.

Indicó que no puede tenerse como prueba el consentimiento informado que se establece en el formulario de afiliación conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia, pues se debieron explicar las características de los regímenes pensionales con sus ventajas y desventajas.

Dijo que para que la carga de la prueba recaiga en el fondo privado, no es necesario que el demandante fuera beneficiario del régimen de transición ni que tuviera expectativas legítimas de pensión; que no existe una convalidación del actor al efectuar diferentes traslados de fondo; que recae en cabeza del último fondo privado en donde estuvo el accionante, la entidad que tiene la obligación de efectuar el traslado de los aportes.

Concluyó advirtiendo que se deben devolver todos los valores que hubiere recibido el accionante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual; y que no operó la excepción de prescripción, dado que la ineficacia de traslado es conexa a la seguridad social, y se está frente una pretensión que es meramente declarativa.

4. RECURSO DE APELACIÓN.

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Indicó que en su interrogatorio de parte el accionante manifestó que el asesor de Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. le explicó los beneficios de su traslado de régimen, pese a la renuncia de brindar más información al señalar que no se acordaba de los beneficios que se le informaron porque había pasado mucho tiempo; que de dicha declaración se puede extraer que tenía conocimiento que sus aportes generaban rendimientos, que el ahorro era heredable, que la mesada pensional dependía de los aportes más los rendimientos financieros mientras que en Colpensiones de las semanas de cotización, habló del bono pensional, que su insatisfacción surge del valor de su mesada pensional, y que se trasladó a Old Mutual buscando mejores rendimientos.

Agregó que el accionante no hizo uso del derecho de retracto; que efectuó más de cinco traslados horizontales entre administradoras; que tuvo la posibilidad de retornar al régimen de prima media, sin embargo no lo hizo, pues permaneció más de doce años en Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., y tan solo generándose una inconformidad cuando le faltaban tres años para acceder a su pensión, situación que por demás no se puede establecer que hubiera obrado como un buen padre de familia con sus negocios.

Finalmente, señaló que para el momento del traslado del accionante no había deber legal de documentar las afiliaciones; que del formulario de afiliación se desprende que su afiliación fue libre y voluntaria, y que no mediaron presiones de los fondos privados; que de existir un error sería de derecho, no obstante, este no vicia el consentimiento; que de declararse la ineficacia del traslado, no habría lugar a devolver los rendimientos financieros, dado que estos no se hubieran generado efectos jurídicos para ninguna de las partes; que los gastos de administración, seguros de Fogafin y seguros para los riesgos de invalidez y sobrevivientes, no se pueden devolver dado que se cumplió con la obligación de administrar los aportes del demandante, pues estos le generaron rendimientos, por demás que tales dineros fueron dirigidos a las correspondientes aseguradoras, y el actor tuvo cobertura de tales riesgos.

COLPENSIONES.

Expuso que dentro de la sentencia no fue desarrollada la omisión del afiliado de revisar las consecuencias de su traslado de régimen.

En último término, adujo que no se entiende por qué Colpensiones debe asumir la carga prestacional si no se prueba ninguna responsabilidad

que le sea imputable; y que no se desarrolló la desfinanciación que la decisión tomada puede generar en el régimen de prima media, pues su funcionamiento es completamente diferente al del régimen de ahorro individual con solidaridad.

5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de noviembre de 2020, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora, Colpensiones, Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., y Porvenir S.A., para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, 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 C.P.T. y de la S.S., 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

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si 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.

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 H. 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 H. 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, y los alcances de la ineficacia, 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 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	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los 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 3°, 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° 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 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".

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 explícita 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. 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. Corno 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."

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

"3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?

Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...)".

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**, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que**: i)** La activa se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del Instituto de Seguros Sociales, desde el 28 de octubre de 1985 presenta cotizaciones, según historia laboral obrante a folios 101 a 105; **ii)** que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Horizonte Pensiones y Cesantías (*hoy Porvenir S.A.)* el día 10 de agosto de 1996 (fl.193); **iii)** que posteriormente se trasladó a Porvenir S.A. el 09 de diciembre de 1997 (fl.186), a Pensiones y Cesantías Santander (hoy Protección S.A.) el 24 de julio de 2002 (fl.221), a Porvenir S.A. el 06 de febrero de 2006 (fl.221), y a Skandia Pensiones y Cesantías S.A. (hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías) el 06 de agosto de 2007 (fl.128); y **iv)** que solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el día 03 de agosto de 2018, pero le fue negada tal posibilidad por Colpensiones (fl. 28).

A folios 192 a 195 se avizora certificación de PORVENIR S.A., e historial de vinculaciones del actor según ASOFONDOS, en donde consta que el 10 de agosto de 1996 el demandante elevó solicitud de afiliación con Horizonte Pensiones y Cesantías (hoy Porvenir S.A.), documental de la que no se logra desprender que se cumplió con el deber de información aludido por parte de los fondos privados, pues ni si siquiera da cuenta de que la decisión del demandante fue de forma libre, espontánea y sin presiones. En todo caso, es necesario aclarar que aún si se contara con el formulario de afiliación, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz al accionante, en los términos expuestos 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 la correspondiente AFP en la libertad de usar cualquier 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; omisión que no puede suplirse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, pues éste se limitó a exponer que el asesor de Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. le dijo que el I.S.S. se iba a acabar, que sus traslados los realizó por cuanto todos y cada uno de los fondos le prometían que podían recuperar los tiempos que se aportaron en el I.S.S., que él pensaba que el funcionamiento de los regímenes pensionales era igual, y que no contó con ninguna explicación por parte de los asesores de los fondos privados sobre las características de los regímenes pensionales, información que a juicio de la Sala es muy precaria, y de la que no es viable derivar una confesión, con consecuencias adversas para la declarante ni, mucho menos, que respalde los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime teniendo en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

En cuanto a que **el demandante debía conocer la ley** o en otras palabras que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, la aplicación de dicho principio del derecho no descarta la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información clara, cierta y oportuna 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 del actor al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

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

[1] SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

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 citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

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

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

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

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro 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."

Por las razones anteriormente expuestas, y evaluada la prueba arrimada al proceso, la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo al declarar la ineficacia del acto de traslado de Juan Ernesto Vargas Uribe del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por otra parte, y como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de traslado, resulta consecuente ordenar el reconocimiento y pago de la totalidad de los rubros que recibió la AFP, tales como aportes, rendimientos, **gastos de administración y seguros previsionales**. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, 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 todos los valores recibidos por OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., **incluyendo los gastos de administración**, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. En tal sentido **SE ADICIONARÁ**, la decisión de primera instancia, que omitió ordenar la devolución de las cuotas o gastos de administración.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*
>
> *"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*
>
> *"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".*

Por lo anterior y para despachar los puntos de apelación de COLPENSIONES, se concluye que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal 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 improcedente 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"*.

Por lo brevemente expuesto se confirmará la sentencia.

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. – **ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia de origen y fecha conocidos, en el sentido de **CONDENAR** a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a devolver a COLPENSIONES las cuotas o gastos de administración, conforme las motivaciones expuestas en la parte motiva de esta 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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.
Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. 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.

TERCERO: Téngase por reasumido el poder por el Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ, identificado con C.C. No. 79.985.203 y T.P. No. 115.849 del C.S. de la J., como apoderado principal de Porvenir S.A.

II. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la demandada **PORVENIR S.A.**, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de **COLPENSIONES** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, el 23 de junio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **LUZ ASTRID BALLESTEROS LÓPEZ** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE**

PENSIONES – COLPENSIONES 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" de la afiliación efectuada el 04 de enero de 1999 a Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se condene a **PORVENIR S.A.** devolver todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, esto es con los rendimientos que se hubieren causado y a Colpensiones a recibir a la demandante como afiliada.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 86-96) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada.

Adujo que, la parte actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo cual demuestra que la afiliada era consciente sobre el formulario que suscribió para cambio de régimen y la elección del régimen y de la administradora se llevó a cabo de manera libre, voluntaria y espontánea y sin presiones o constreñimientos.

Refirió que la accionante no podrá retornar al Régimen de Prima Media, (en adelante RPM) por ausencia de requisitos legales y jurisprudenciales para su procedencia, esto es no es posible su traslado porque no cumple con los requisitos dispuestos en la ley y en las sentencias C-1024 de 2004, SU-062 de 2010 y SU 130 de 2013.

Reiteró que los beneficiarios del régimen de transición por edad, pierden automáticamente los beneficios de dicho régimen al trasladarse voluntariamente al Régimen de Ahorro Individual, (en adelante RAIS) , dejando claro la Corte Constitucional que las únicas personas amparadas por el régimen de transición que quieren retornar en cualquier tiempo al RPM con el fin de pensionarse de acuerdo a las normas anteriores a la Ley 100 de

1993 son aquellos que tengan 15 años de servicios cotizados al 1° de abril de 1994.

Frente a la nulidad, destaca que cualquier declaración de esta, como acto jurídico estaría actualmente prescrita conforme lo dispone el artículo 1750 del Código Civil.

De otro lado, adujo que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al faltarle menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, prohibición que obedece a la finalidad constitucional de evitar la descapitalización del sistema general de pensiones y asegurar de este modo el pago futuro de las pensiones de los afiliados y el reajuste económico de las mismas.

Mencionó 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 jurídica del acto celebrado entre la demandante y la AFP, por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad, que es aquel que, por esencia, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

PORVENIR S.A. (fls. 118-145), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la innominada o genérica.

En resumen, adujo, que la parte demandante debió acreditar cualquiera de las eventualidades que establece de manera expresa el artículo 1741 del Código Civil, esto es que el acto contenía un objeto o causa ilícita, que la afiliada era una incapaz absoluto al realizar el traslado de régimen, por cuanto en los demás casos la eventual irregularidad sería de las denominadas relativas.

Indicó que la actora suscribió solicitud de vinculación (documento público), en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 242 y 244 del CGP y 54A del CPTSS.

Refirió que en el presente asunto no es factible declarar la ineficacia o inexistencia del traslado, como quiera que no se probó que faltaba alguno de los elementos esenciales de este acto jurídico y tampoco procede la nulidad absoluta del cambio de régimen, pues no se acreditó que para ese momento la afiliada fuera una incapaz absoluta, y si en gracia de discusión se hubiese presentado alguna irregularidad en el cambio de régimen, necesariamente se trataría de las catalogadas por la ley como nulidades relativas, las cuales pueden ser ratificadas de manera expresa o tácita y están sometidas al fenómeno prescriptivo.

Adujo que el consentimiento informado para la libre escogencia del régimen pensional se materializó con la suscripción de la solicitud de afiliación, conforme lo exige el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, es decir, no se trata de una simple declaración vacía incluida en un formato de afiliación, sino un requerimiento legal expresamente señalado sobre la firma de la actora quien se presume como una persona capaz para obligarse, máxime cuando, de declararse la nulidad o ineficacia del traslado se desconoce el principio de la autonomía de la voluntad privada con la que cuenta la demandante.

Expuso que existe una presunción legal de buena fe con la que actuó Porvenir S.A. desde el mismo momento de la afiliación válida y legítima de la demandante al RAIS.

Concluyó diciendo que, a la fecha en que la demandante se afilió voluntariamente al RAIS, no había ingresado a su patrimonio ningún derecho pensional consolidado, de manera que no existía razón jurídica ni fáctica para que Porvenir S.A. le impidiera ejercer su libre elección de cambiar de régimen.

3. SENTENCIA APELADA

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

> "**Primero:** Declarar nulo e ineficaz el traslado del régimen pensión que hizo la demandante Luz Astrid Ballesteros López identificada con cédula de ciudadanía No. 51.672.287 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado en su momento por Cajanal hoy Colpensiones al del RAIS administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., con efectividad de a partir del 1° de noviembre de 1999, conforme a lo expuesto.
>
> **Segundo:** Declárese válidamente vinculada la señora Luz Astrid Ballesteros López al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, conforme a lo expuesto
>
> **Tercero:** Condénese a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la señora Luz Astrid Ballesteros López, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración, durante todo el tiempo que permaneció en el RAIS, esto es a partir del 1° de noviembre de 1999 hasta cuando se haga efectivo el traslado, Los costos cobrados por concepto de administración deben de ser devueltos por el patrimonio del fondo debidamente indexados, conforme a lo expuesto.
>
> **Cuarto:** Ordénese a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regula al RPMPD.

> **Quinto:** Declárense no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto. *(...)"*

En síntesis, señaló, en primer lugar, que la demandante nació el 18 de enero de 1959, por lo que al 1° de abril de 1994 tenía menos de 35 años de edad, en segundo lugar, para la fecha en mención no alcanzó a cotizar los 15 años establecidos por la sentencia SU 130 de 2013, no siendo beneficiaria del régimen de transición, por lo que no puede trasladarse en cualquier momento de régimen.

Adujo que existen múltiples pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia que han venido desarrollando el tema de la nulidad de traslado, siendo de especial importancia la sentencia SL 1688 de 2019, la cual hace un estudio de toda la normatividad y de los diferentes períodos en que se ha desarrollado la normatividad de los traslados, siendo el tema central estudiado por esa Corporación el de la información por parte de las AFP, frente a la cual, la Corte ha dicho que debe ser clara, precisa, detallada, de tal manera que la voluntad del afiliado deba estar debidamente informada, siendo por ello tan importante cumplir con ese deber para regular la vinculación de una persona a una entidad, haciendo así referencia a la teoría de la libertad del consentimiento debidamente informado.

Indicó que el CPTSS no regula las nulidades, por lo que debe remitirse al Código Civil en donde encontramos que, para que un contrato se perfeccione se requiere que haya capacidad, consentimiento, causa y objeto lícito. Frente al objeto y causa lícita no hay discusión pues la Ley 100 de 1993 fue la que estableció la creación del RPM y del RAIS, ya desde el año 1994 se establecieron estos regímenes y las beneficios y bondades que tiene cada uno, así como sus desventajas, de ahí que resulte tan importante conocer la situación en que se puede pensionar la persona en uno u otro.

Expuso que considera que en este caso se presenta el dolo, hablando en estos casos de negligencia, que es lo que deben desvirtuar los fondos de pensiones, que entraron a manejar los recursos de la demandante con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poco cuidado suelen emplear en sus negocios propios y para demostrar este cumplimiento, además del formulario de afiliación allegado, se intentó la confesión por medio de los interrogatorios de parte tanto de la parte demandante como del representante legal de Porvenir S.A., sin que se hubiera demostrado por parte de esta entidad cual fue la información que le entregaron a la demandante y que la misma hubiese sido clara, precisa e incongruente e incluso, que hubiese llevado a la afiliada a desestimar la idea del traslado.

Expuso que, en el presente asunto debe estudiarse si es viable que una persona que venía haciendo aportes a CAJANAL -como es el caso de la demandante - pueda trasladarse a Colpensiones, frente a lo cual dijo que el artículo 4 del Decreto 692 de 1994 estableció que los servidores públicos del RPM que al 31 de marzo de 1994 se encontrasen vinculados a

una caja, entidad de previsión o fondo del sector público podrían continuar en dichas entidades mientras se ordenaba su vinculación y los servidores públicos que al 1° de abril de 1994 no estuvieran vinculados a una de las anteriores, así como aquellos que se hallan vinculado a estas entidades cuya liquidación se ordene y eligen el RPM, quedarán vinculados al ISS y los que se trasladen de una entidad a otra en el sector público que hubiesen seleccionado este régimen, serían vinculados al ISS, por lo que se entiende que la demandante quedaría afiliada al ISS por estar vinculada a CAJANAL a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, caja que fue liquidada y fue vinculada automáticamente al ISS administradora del RPM que hoy administra Colpensiones.

Frente a la excepción de prescripción indicó que para asuntos como el presente no hay norma que consagre un término prescriptivo de los derechos y acciones que se forman por la controversia del traslado de régimen pensional, por lo tanto si el derecho a las pensiones es imprescriptible, igual suerte corre con el tema de los traslados, pues este es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable y como los derechos constitucionalmente aplicables no prescriben, puesto que emanan del reconocimiento de la dignidad de la persona y configuran valores superiores del ordenamiento jurídico, al ser la pensión y el régimen pensional elementos integrantes del derecho fundamental a la seguridad social, resultan ser imprescriptibles.

4. APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Adujo que en la sentencia de primer grado no se deja claro si se está haciendo referencia a una nulidad relativa o absoluta o ineficacia de pleno derecho como la del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, para las cuales hay consecuencias jurídicas diferentes.

Anota que se hace una indebida aplicación del artículo 63 del Código Civil, pues este, en su inciso final establece que en materia civil este tipo de culpa alta se va a establecer como dolo, siendo importante establecer que si se remite a los argumentos establecidos en la sentencia, esto no es materia civil, por lo tanto no se puede establecer el dolo, como lo asegura el juzgado, además, la aplicación de ese artículo se hace de manera descontextualizada, sesgada y parcializada, pues desconoce el artículo 1604 del CC, el cual establece que el deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor y dentro de este proceso se ve que el contrato no sólo es útil al acreedor, ya que los beneficios financieros y las obligaciones son bilaterales y en ese orden no se puede dar aplicación, como lo dice el despacho, a presumir la culpa o tasación del dolo.

Indicó que se hace una errada aplicación de las consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad o ineficacia, pese a que existe una ineficacia de pleno derecho establecida en el artículo 271 y esta no requiere declaración judicial, sin embargo, en este caso se declara. Resaltó que, si se habla de nulidad absoluta o relativa las consecuencias jurídicas son las restituciones mutuas, y a la jurisdicción laboral se le olvida este aspecto, establecidas en el artículo 1746 del CC, el que indica que las personas tendrán que ser responsables o los que se beneficiaron de contratos nulos, no la parte vencida en juicio, deberán hacer las restituciones mutuas de los intereses y frutos civiles y si se declara la nulidad en los términos del artículo 1741 CC, su consecuencia es las restituciones mutuas, situación que aquí no se da, cuando el demandante tendría que restituir los beneficios financieros generados a su favor.

Expuso que, si se da la aplicación a la ineficacia de pleno derecho se tendría que dar aplicación al artículo 113 de la Ley 100, el cual no dice que se deben restituir los gastos de administración en los que se incurrió. Frente a esos gastos de administración indicó que no son parte integral de la pensión, por lo tanto son susceptibles de prescripción, por lo tanto frente a estos debe declararse la prescripción.

Finalmente, solicita se evalúen las costas procesales, las cuales son desbordadas.

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 de 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 demandadas, quienes reiteraron lo expuesto en la demanda y contestaciones, así como en el recurso interpuesto.

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

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

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no 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.

DE LA 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 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	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los 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 perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Articulo 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 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".

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 explícita 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. 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. Corno 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.

f) En lo que a la **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

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

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

V. EL CASO EN CONCRETO:

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado en su momento por CAJANAL el día 25/08/1983 (fl. 26**); ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 04/10/1999 a través de la A.F.P PORVENIR S.A (fl 25 y 142); **iii)** que los días 24 y 29 de mayo de 2019 (fl 5 y 9) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

A folios 25 y 142 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 04 de octubre de 1999 con la AFP Porvenir 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 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 el fondo privado 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.

Ahora bien, de conformidad con el punto de apelación de la pasiva debe advertirse que, frente a dicha sanción jurídica, 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*

[1] SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

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

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

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro 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)

Con base en el anterior recuento jurisprudencial, **SE MODIFICARÁ** la decisión de primer grado en tal sentido, para declarar la ineficacia de la afiliación de la actora a la **AFP PORVENIR S.A.** S.A. y no su nulidad.

En cuanto a 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.

Ahora bien, en el caso bajo estudio, la accionante se encontraba afiliada a CAJANAL previo su traslado a **PORVENIR S.A.,** en el año 1999, por lo que debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo **4 del Decreto 692 de 1994**, que establece:

"ARTICULO 4o. REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA. En el régimen solidario de prima media con prestación definida, los aportes de los afiliados y los empleadores, así como de naturaleza pública. El monto de la pensión es preestablecido, así como la edad de jubilación y las semanas mínimas de cotización. En este régimen no se hacen cotizaciones voluntarias, ni se puede optar por pensiones anticipadas.

Sin perjuicio de los dispuesto en el presente Decreto, los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están.

Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del sector público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación.

Los servidores públicos que al 1o. de abril de 1994 no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene,

> si seleccionan el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.
>
> Los servidores públicos que se trasladen de una entidad a otra en el sector público, que hubiesen seleccionado el régimen de prima media con prestación definida, serán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.
>
> Quienes ingresen como servidores públicos a partir del 1o. de abril de 1994 y escojan el régimen solidario de prima media con prestación definida, deberán vincularse exclusivamente al ISS.
>
> Quienes seleccionen el régimen de ahorro individual con solidaridad se regirán por lo dispuesto en el artículo siguiente."

Por lo anterior, el regreso de la demandante al régimen de prima media se hace efectivo a través de Colpensiones, ya que mediante Decreto 2196 de 2009 se ordenó la supresión y liquidación de CAJANAL, la cual finalizó en julio de 2013 y en virtud de su artículo 4 se ordenó el traslado de sus afiliados al otrora Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones.

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.

Al respecto, 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 **MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la actora el 04/10/1999, por las razones antes expuestas.

VI. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VII. 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.- MODIFICAR EL NUMERAL PRIMERO de la parte resolutiva de la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

En su lugar, dicho numeral quedará así:

"**Primero:** Declarar ineficaz el traslado del régimen pensión que hizo la demandante Luz Astrid Ballesteros López identificada con cédula de ciudadanía No. 51.672.287 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado en su momento por Cajanal hoy Colpensiones al del RAIS administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., con efectividad de a partir del 1° de noviembre de 1999, conforme a lo expuesto".

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

ALEJANDRA MARÍA 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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. AUTO

PRIMERO: Téngase por reasumido el poder por el Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ, identificado con C.C. No. 79.985.203 y T.P. No. 115.849 del C.S. de la J., como apoderado principal de Porvenir S.A.

II. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el 6 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que CARLOS ALFONSO DÍAZ LEGUIZAMON promoviese contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES 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 el actor pretende se declare la *"nulidad"* del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Protección S.A., con fecha de efectividad 1° de octubre de 2003 y subsidiariamente que se declare la ineficacia de tal traslado.

Como consecuencia de ello, solicita se ordene a **PORVENIR S.A.** a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación del demandante, tales como cotizaciones y bonos pensionales, junto con todos los rendimientos que se hubieren causado, y a Colpensiones a recibirlo como afiliado, así como los valores en mención y contabilizar las semanas cotizadas.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada a la demandante, de parte de Protección S.A., al momento de efectuar el correspondiente traslado.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 62-81), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito que denominó validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la innominada o genérica.

Expuso que la demandante cuenta con más de la edad mínima requerida para pensionarse, por lo que se encuentra inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no siendo posible efectuar dicho traslado, lo cual encuentra sustento en la sentencia SU-130 de 2013 emitida por la H. Corte Constitucional.

Indicó que, como se extracta de la mencionada sentencia, la única condición prevista que no exige un límite de tiempo a efectos de solicitar el traslado de régimen, es que el afiliado acredite que es beneficiario del régimen de transición al haber efectuado cotizaciones por 15 años con anterioridad al 1° de abril de 1994, sin embargo, en el presente caso, de la historia laboral del actor se extracta que a la referida fecha no era beneficiario del régimen de transición por edad, ni por semanas, por lo que no tenía una expectativa pensional y no se afectaron derechos adquiridos.

PORVENIR S.A. (fls. 85-119), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo y la innominada o genérica.

En resumen, adujo, que la solicitud de ineficacia o 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 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.

Finalizó 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 legitima que la lleve a ser cobijado bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

COLFONDOS S.A. (fl. 162-200), se opuso a las pretensiones incoadas, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe, y la innominada o genérica.

Expuso que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, ya que no cumple con lo establecido por la Corte Constitucional en sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013, por lo que no pertenece al grupo de afiliados que podrá trasladarse de régimen pensional en cualquier tiempo.

Adujo que al accionante no le asiste el derecho de trasladarse al RPM teniendo en cuenta que le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a una pensión de vejez en este, pues para la fecha de contestación contaba con 57 años, aplicando en este caso la prohibición legal de traslado de régimen pensional cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir con la edad para acceder a una pensión de vejez.

Expuso que en el presente caso, no se evidencia que se haya presentado un error que condujera a una determinación equivocada de las partes y por el contrario, la afiliación del demandante a esa AFP se hizo conforme a los mandatos legales y constitucionales. Adicionalmente, indicó que tampoco se evidencia la existencia de una ilicitud en el objeto de la afiliación del demandante al RAIS o a Colfondos, ya que esta fue plenamente eficaz y estuvo respaldada en la normatividad vigente, es determinable en el tiempo y ha cumplido con las condiciones y normas legales que deben atender los fondos administradores de pensiones.

Indicó que para la fecha de vinculación del demandante al RAIS, la obligación de información y buen consejo no se encontraba vigente en los términos actuales que pretende hacer valer el demandante, sin que pueda ser aplicado retroactivamente y en tal sentido, Colfondos no tenía, para la época de la afiliación del accionante, la obligación legal de realizar una proyección del monto de la pensión.

Concluyó diciendo que, en caso de encontrarse probada alguna nulidad, la misma se encuentra prescrita, ya que debió interponerse dentro de los 4 años siguientes a la suscripción del formulario de afiliación, es decir, el plazo máximo para ello era el año 1998, de lo que se concluye que operó el fenómeno prescriptivo.

SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. (fls. 225-237), ni se opuso ni se allanó a las pretensiones de la demanda. Propuso como excepciones de fondo las que denominó buena fe, pago y la genérica.

Expuso que la Ley 100 de 1993 creó dos regímenes pensionales excluyentes entre sí, pero que coexisten en aras de garantizar la libre escogencia de los ciudadanos de afiliarse a uno u otro. En tal contexto, los afiliados podrán escoger de manera libre y voluntaria a cuál de los regímenes se afilian, lo cual determinará la modalidad de pensión que escojan.

Dijo que, en el presente caso, se puede afirmar, conforme los distintos formularios de afiliación allegados, que el demandante tomó una decisión libre y voluntaria de afiliarse a fondo de pensiones Skandia Administradora de Pensiones y Cesantías S.A., la cual cumple con los requisitos de Ley y que conforme a lo estipulado en la normatividad de la época, al momento de la afiliación del demandante a Skandia, se le brindó la información correspondiente.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El ***A quo*** dictó sentencia ABSOLUTORIA.

Adujo que, obran en el expediente como pruebas copia de la cédula de ciudadanía del actor, con la que se acredita que nació el 16 de abril de 1961, por lo que a la fecha de la sentencia contaba con 59 años de edad, así mismo, obra historia laboral con la cual se acredita que el demandante se afilió al entonces ISS a partir del 23 de octubre de 1989 y cotizó un total de 79.86 semanas hasta el 1° de diciembre de 1994, también se allegó formulario de afiliación a Colfondos de fecha 8 de julio de 1994.

Menciono que el accionante se trasladó a Porvenir el 31 de octubre de 2003, luego a Old Mutual a partir de enero de 2007 y posteriormente se devolvió a Porvenir S.A. el 18 de mayo de 2010, AFP a la cual se encuentra afiliado en la actualidad; adicionalmente, se allegó un estudio de situación pensional en el cual se hacen unas proyecciones de cuál sería la mesada pensional del demandante al momento que se trasladó de régimen y otra proyección al momento en que acreditara los requisitos para acceder a la pensión de vejez conforme la Ley 100 de 1993, tanto en el RPM como en el RAIS, estudio que contiene errores en su elaboración, dado que se parte del mismo supuesto fáctico enunciado en la demanda, esto es que se trasladó de régimen en el año 2003, cuando lo cierto es que su traslado se dio en 1994.

Expuso que, adicional a las pruebas referidas, se tiene el interrogatorio de parte del demandante, de lo cual, si bien manifiesta que no recibió información suficiente y que lo que se le dijo al momento del traslado era que el ISS estaba en crisis, que debía cambiarse de régimen porque el Estado no podía garantizarle una pensión adecuada, llama la atención del juzgado que al momento de presentarse la demanda y para su preparación y estudio se cuenta con tiempo suficiente para que el demandante le suministre a su abogado la información pertinente, teniendo en cuenta que ni siquiera le puso de presente que se había trasladado en el año de 1994, al punto que la demanda habla solo del traslado del año 2003 y el estudio pensional que se entregó también habla de dicho supuesto, y que en el interrogatorio de parte haga mención o si recuerde que no se le dio información suficiente y que lo único que se le indicó era que el ISS estaba en crisis y había que cambiarse.

Lo anterior, para señalar que, si bien esas son las manifestaciones del demandante en su interrogatorio de parte, el despacho no las puede tener en cuenta bajo el entendido que, si no tuvo claro al momento de la presentación de la demanda las múltiples afiliaciones y traslados que había tenido y que habían sido con anterioridad a lo dicho en la demanda, mal podría tenerse en cuenta tales afirmaciones como ciertas para tomar la decisión que en derecho corresponda.

Aunado a ello, indicó que, si bien fueron vinculadas como litis consorte necesarios las AFP Colfondos y Old Mutual, lo cierto es que la

demanda parte de un supuesto negativo frente a una falta del deber de información de Porvenir en el año 2003, para lo cual se advierte que ese traslado del año 2003 se hizo entre administradoras del RAIS, por lo cual no tendría la trascendencia aducida de un deber de información, pues ya se encontraba en el RAIS.

Refirió que no hay pruebas diferentes a los formularios de traslado, para efectos de determinar cuál fue la información brindada al demandante, y en los hechos de la demanda no se indicó falta de información para el momento en el que se trasladó en 1994 y lo que se observa es que en este caso el demandante se trasladó varias veces entre administradoras del RAIS, lo que permite inferir la intención del demandante de permanecer en este régimen y si quien cometió la omisión al deber de información fue Porvenir, en todo caso el demandante seguiría en el RAIS, pues ya venía afiliado a dicho régimen cuando se trasladó a Porvenir.

Expuso que, si bien la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia hace referencia al deber de información y se ha hecho referencia en algunas sentencias de tutela a la obligatoriedad del precedente judicial, también es cierto que las mismas sentencias han señalado que el Juez debe analizar las pruebas en cada caso concreto y conforme a ello tomar la decisión que en derecho corresponda.

4. RECURSO DE APELACIÓN.

DEMANDANTE

Adujo que lo que se pide en la demanda es la ineficacia o nulidad del traslado de régimen, habiendo sido juiciosa y diligente la actuación del juzgado al vincular a Colfondos y Skandia, sin que sea justificable que por el hecho que el demandante se haya cambiado 3, 4 o 5 veces, que fue lo que los llevo a cometer un error en la demanda, ello no significa que sean varios los regímenes o que Skandia tenga un régimen diferente al de Porvenir o al de Colfondos, pues el régimen es uno solo, el RAIS.

Dijo que el soporte del Juez de primer grado es que el demandante se trasladó varias veces entre administradoras del RAIS, lo que no se encuentra es la prueba que estas le entregaron al afiliado la información, no está por ejemplo la certificación de que hablan los artículos 15 y 16 del Decreto 656 de 1994, cuando dice que era una obligación entregarle un reglamento y un plan pensional, además, cuando el Juez se refiere a que en 1994 no existía la obligación de entregar proyecciones, siendo esto contradictorio con lo que establece el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 cuando dice que se entregará una información clara y verás, oportuna y suficiente, y luego dice que esa información debe ser entregada para que pueda escoger lo mejor que le aporte el mercado, sin que ello hubiese sido presentado por los fondos de pensiones.

Mencionó que se le da validez al formulario de afiliación, lo cual va en contravía del actual precedente judicial, pues como dice uno de los múltiples fallos: "no desdice la anterior conclusión asentada sobre la solicitud de vinculación a la administradora que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que se realizó en forma libre y espontánea, pero se echa de menos, es la falta de información veraz y suficiente de esa decisión, no tiene tal carácter y se adopta con el pleno conocimiento". Es decir, que en el presente caso se probó que el demandante estuvo afiliado al ISS y que desde 1994 estuvo afiliado a Colfondos, con lo cual se dan todos los antecedentes necesarios para proferir una decisión acorde con las pretensiones de la demanda.

5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

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

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, mediante auto del 18 de enero del año en curso se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de las partes.

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

IV. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** definir si 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.

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 H. 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 H. 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, y los alcances de la ineficacia, 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 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	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los 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 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 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".

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 explícita 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) 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."

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

"3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?

Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le

ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...)".

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**, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** la activa se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del entonces I.S.S., pues obra historia laboral en la que se da cuenta que cotizó a tal régimen desde el 23/10/1989 (fls. 77 y 81); **ii)** que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Colfondos S.A. el día 08/07/1994 (fl. 272); **iii)** posteriormente efectúo traslado dentro del mismo régimen a la AFP Porvenir S.A el día 31/10/2003 (fl. 95), luego a Old Mutual el 01/12/2009 (fl. 237), regresando a Porvenir S.A. el 28/05/2010 (fl. 96); **iv)** que solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el día 22/03/2018 pero le fue negada la posibilidad por Colpensiones (fls. 81).

Pues bien. A folio 272 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 08 de julio de 1994 con la AFP Colfondos S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó de forma 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 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

[1] SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose la correspondiente AFP en la libertad de usar cualquier 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, sin que tal omisión pueda suplirse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, pues este se limitó a exponer que el asesor de Colfondos S. A. le dijo que ese era un régimen en donde se podía pensionar sin problemas, que en el fondo privado el dinero era suyo y que al final se lo devolvían y que el Instituto de Seguros Sociales se encontraba en crisis por lo que era poco probable que le diera una pensión adecuada, información que en todo caso no se ajusta a la normatividad que rige el régimen de ahorro individual, y, finalmente, que la información suministrada por el fondo privado fue muy precaria, por lo cual, de dichas aseveraciones, no es viable derivar una confesión, con consecuencias adversas para el declarante ni, mucho menos, que respalde los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime teniendo en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

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 citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

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

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

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

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro 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."

En cuanto a que el demandante realizó **traslados horizontales** entre administradoras del régimen de ahorro individual, ello no es óbice para determinar que al accionante se le brindo la información clara, cierta y oportuna en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, pues el hecho de que existan traslados entre administradoras del régimen de ahorro individual no sanea la omisión de las tales entidades de brindar la información veraz y suficiente al afiliado, ya que, conforme a la citada sentencia, no es posible sanear aquello que no produjo efectos.

Por las razones anteriormente expuestas la Sala no encuentra acierto en la decisión del A Quo, por lo que **REVOCARÁ** la sentencia apelada y, en consecuencia, se **DECLARARÁ LA INEFICACIA** del acto de traslado de Carlos Alfonso Díaz Leguizamón del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de Colfondos S.A. el día 08 de julio de 1994 y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte y como consecuencia de ello, habrá de tenerse por ineficaz los traslados efectuados posteriormente entre administradoras de

fondos de pensiones hechos por el accionante a las entidades Old Mutual S.A. y Porvenir S.A.

VALORES A DEVOLVER POR PARTE DE LA AFP COMO CONSECUENCIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

Como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de traslado, resulta consecuente ordenar el reconocimiento y pago de la totalidad de los rubros que recibió la AFP, tales como aportes, rendimientos y gastos de administración.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, 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, se **CONDENARÁ** a la **AFP PORVENIR S.A** a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor al régimen de prima media, tales como aportes, rendimientos, costos cobrados por concepto de administración, bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció el accionante en dicho régimen, como quiera que es

la administradora de fondo de pensiones a la que actualmente se encuentra afiliado el señor Díaz Leguizamón.

En igual sentido, se **CONDENARÁ** a **COLPENSIONES** a recibir todos los valores de la cuenta de ahorro individual del accionante; a reactivar de manera inmediata su afiliación al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad; y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

PRESCRIPCIÓN.

En lo que respecta a la excepción de prescripción, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal 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 improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción"*.

V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en ambas instancias a cargo de las demandadas.

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,**

R E S U E L V E

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar se dispone:

A. DECLARAR LA INEFICACIA del acto de traslado de Carlos Alfonso Díaz Leguizamón del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a

través de **COLFONDOS S.A.** el día 08 de julio de 1994 y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte, así como los traslados efectuados a Old Mutual S.A. y Porvenir S.A.

B. **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** que proceda a trasladar a **COLPENSIONES** de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron consignados a la cuenta de ahorro individual de **CARLOS ALFONSO DÍAZ LEGUIZAMÓN**, así como los rendimientos, bono pensional, cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció el accionante en dicho régimen.

C. **ORDENAR** a **COLPENSIONES** a recibir los valores enunciados en literal b) de la presente providencia; a reactivar de manera inmediata la afiliación de **CARLOS ALFONSO DÍAZ LEGUIZAMÓN** al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

D. DECLÁRENSE NO PROBADAS las excepciones planteadas por las accionadas.

SEGUNDO. – Costas en ambas instancias a cargo de las demandadas.

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**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de $450.000 a cargo de cada una de las demandadas.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.
Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. AUTO

RECONOCER personería jurídica a la doctora BRIGITTE NATALIA CARRASCO BOSHELL, identificada con C.C. No. 1.121.914.728 y T.P. No. 288.455 del C.S. de la J., como apoderada sustituta de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en la respectiva Escritura Pública No. 00885 del 28 de agosto de 2020.

II. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por los apoderados de las demandadas **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de esta última la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, el 15 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **JULIA ROSA ARANGO MADRIGAL** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** 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 ineficacia y/o "nulidad" del traslado efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada a través del fondo de pensiones y cesantías Colpatria hoy Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. la devolución de todos y cada uno de los valores consignados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional de la aseguradora, junto con los rendimientos causados.

Así mismo, depreca se ordene a Colpensiones a aceptar la afiliación de la demandante y recibir de Porvenir S.A. todos y cada uno de los valores antes mencionados.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 171-196) se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas, proponiendo como excepciones de mérito las de validez de la afiliación al Régimen Ahorro Individual con Solidaridad, (en adelante RAIS), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, compensación, prescripción y la innominada.

Adujo que, a la fecha, la demandante ya acredita la edad mínima requerida para pensionarse, por lo que debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no siendo posible efectuar el traslado de régimen solicitado por la accionante, ya que se encuentra inmersa en la prohibición temporal establecida por la ley para efectuar el traslado de régimen.

Precisó que, ante esa entidad, el traslado efectuado por la demandante ante Porvenir S.A., se efectuó de forma libre y voluntaria, por lo que de no ser ello así, el actor deberá probar que le fue brindada una información sesgada, sin advertirle los riesgos entre uno y otro régimen para el momento de la suscripción del formulario de afiliación.

Indicó que la demandante no cuenta con una expectativa legítima de pensión, razón por la cual la posible falta de información en que pudo

incurrir el fondo de pensiones no logra tener la identidad suficiente para configurar el engaño que a la postre invalide el cambio de régimen.

Expuso 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 jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y el fondo de pensiones, 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 o rescisión judicial y en caso tal de declararse probada, debe tenerse en cuenta que la misma no fue alegada dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil.

Mencionó que, al haber fundado la demandante su pretensión en el hecho de haber sido engañada por los asesores de Porvenir S.A., de conformidad con lo expuesto en los artículos 1516 del CC y 167 del CGP, le correspondía la carga de probar dicha afirmación, lo que no sucedió en este caso.

Resaltó que ante Colpensiones la afiliación de la demandante al RAIS es una clara manifestación de su voluntad de pertenecer a dicho régimen pensional, pues la afiliación en sí, es un acto jurídico que constituye una acción que se llevó a cabo de manera consciente y voluntaria, con el propósito de establecer vínculos jurídicos entre los interesados y, con ello, crear, modificar o extinguir determinados derechos.

Concluye indicando que Colpensiones es un tercero ajeno a los hechos objeto de discusión en el presente proceso y, por ello, en aplicación del principio de la relatividad jurídica, esta entidad no puede ser perjudicada con la decisión adoptada, por cuanto los actos jurídicos celebrados, en principio, solo tienen efectos inter partes.

PORVENIR S.A. (fls. 223-266) se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Expuso que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia o la nulidad del acto jurídico por medio del cual la demandante se trasladó de régimen pensional, pues la decisión por ella tomada se hizo de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas vigentes para la fecha en que este se produjo, ya que antes de adoptar la decisión recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del RAIS, suscribió el formulario de afiliación, el cual cumplía con los requisitos de ley y con ello se concretó el traslado, manifestando en forma expresa que lo hacía de manera libre y voluntaria.

Aduce que al momento en que la demandante tomó la decisión voluntaria de trasladarse de régimen pensional, esa sociedad cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales no exigían una información en los términos reclamados en la demanda, pues esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con posterioridad, no existiendo, para el momento del traslado de la accionante, la obligación de brindar asesoría, buen consejo, desincentivar la afiliación, ni mucho menos una doble asesoría, como tampoco existía la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales de cada uno de los regímenes pensionales, ni sobre el monto de la pensión que se obtendría y no era obligatorio hacer proyecciones pensionales por escrito, pues ninguna norma así lo exigía.

Menciona que, en este caso, no hay ninguna razón para considerar que la demandante no contara con la capacidad suficiente para dar su consentimiento en el acto de vinculación a Porvenir S.A. por carecer del entendimiento suficiente para comprender las implicaciones de acto jurídico que estaba llevando a cabo.

Expone que el hecho de que esa AFP tuviera algunas responsabilidades profesionales no es excusa para que la demandante, por su cuenta, no haya decidido indagar sobre las implicaciones que tendría el traslado de régimen pensional, máxime cuando todo consumidor financiero debe actuar con mediana diligencia, lo cual suponía, por lo menos, obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando, por lo que el deber de información también le era exigible a la actora.

Indica que, como todo acto jurídico, el traslado de régimen pensional puede adolecer de algunas deficiencias, pero no todas ellas conducen necesariamente a la ineficacia o pérdida de efectos del acto, y en el caso de que la presunta falta de información, como una situación que pudo afectar el consentimiento, solamente podría generar, a lo sumo, una nulidad relativa en los términos del artículo 1741 del Código Civil, que solo da derecho a la recisión del acto o contrato, pero no genera forzosamente la pérdida total de efectos del respectivo acto jurídico.

Expone que la actora, durante su vinculación a esa AFP contó con varias oportunidades para revertir la decisión de cambiar de régimen pensional y, pese a ello, no lo hizo, de lo cual es posible concluir que siempre mantuvo interés en mantenerse vinculada al RAIS.

Concluye mencionando que el actuar de esa AFP siempre ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus actuaciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen, cumpliendo con todas las obligaciones que para ese entonces se encontraban a su cargo por mandato legal y reglamentario.

3. SENTENCIA APELADA

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

> *"**PRIMERO:** Declarar la ineficacia del traslado de régimen, efectuado por la demandante Julia Rosa Arango, a través de Colpatria, hoy Porvenir SA, de fecha 11 de diciembre de 1998.*
>
> ***SEGUNDO:** Condenar a Porvenir S.A a trasladar con destino a Colpensiones, la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos, gastos en administración y el bono pensional si a ello hubiera lugar.*
>
> ***TERCERO:** Condenar a Colpensiones a recibir a la demandante Julia Rosa Arango Madrigal como afiliada al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba al momento del traslado de régimen declarado ineficaz. (...)"*

En síntesis refirió que el artículo 271 de la mentada ley, establece que el empleador o cualquier persona natural o jurídica que impida o atente de cualquier forma contra el derecho del trabajador y su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral, se hará acreedor de una multa por las autoridades allí indicadas y dicha afiliación quedará sin efecto, pudiéndose realizar de manera libre y espontánea por parte del trabajador.

Indicó que, conforme se expuso en la sentencia SL 1452 de 2019, al efectuarse el traslado de la demandante en el año de 1998 se encontraba en la primera etapa en que el deber de información tenía una ilustración de las características y condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficio pensionales y que en la mentada sentencia se señaló que las administradoras de fondos de pensiones tenían desde su creación el deber de información a los afiliados o usuarios del régimen pensional, a fin de que estos pudieran efectuar una decisión consistente y realmente libre sobre su futuro pensional, exigencia que, con el paso del tiempo cambió para acumular más obligaciones y la intensidad de esa exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria de asesoría y buen consejo, al de doble asesoría.

Para el caso concreto, indicó que conforme las pruebas allegadas, se tiene que la demandante nació el 14 de abril de 1959, por lo que al 1° de abril de 1994 contaba con 34 años y conforme el reporte de semanas cotizadas allegado por Colpensiones se verifica que no contaba con 15 años de servicios para esa data, por lo tanto, no es beneficiaria del régimen de transición.

Adujo que, de las pruebas allegadas al proceso, habrá de declararse la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante, dado que de estas no es posible inferir que se le hubiere suministrado la información acerca de las características, condiciones y riesgos de los regímenes pensionales, que le permitiera hacer una comparación entre ellos y optar por elegir aquel que, a su juicio, le fuese más conveniente.

Indicó que debe tenerse en cuenta que el traslado de la demandante acaeció en el mes de diciembre de 1998 y conforme la historia laboral allegada al proceso y el reporte consolidado que efectúa PORVENIR SA., contaba con 920 semanas cotizadas y, para aquel entonces, teniendo en cuenta la redacción original de la Ley 100 de 1993 – artículo 33, los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el RPM, para el caso de las mujeres eran tener 57 años y haber cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo, por lo que para esa época, por lo menos en lo que respecta a las semanas cotizadas, la accionante estaba cerca a cumplir dicho requisito, por lo cual, dicha situación debió ser verificada por el asesor del fondo privado para determinar la conveniencia de un traslado de régimen, observándose que no se tuvo en cuenta la situación particular la demandante, esto es sus condiciones y la alta densidad de semanas cotizadas.

Finalizó indicando que, en lo que se refiere a la relatividad jurídica mencionada por Colpensiones, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 establece la ineficacia del traslado o de la afiliación y que la misma quedará sin efecto, y si bien el antiguo ISS no intervino en el traslado de la demandante, lo cierto es que la afiliación al sistema general de pensiones es una sola y al quedar sin efectos el traslado de régimen, las cosas deben retornar a su estado original que no es otro que la afiliación que la demandante tenía al ISS, hoy Colpensiones y si eventualmente esa situación le genera unos perjuicios a Colpensiones, dichos perjuicios no fueron acreditados en el proceso, sin que ello impida que, eventualmente Colpensiones pueda demandar a Porvenir para que reconozca el daño causado.

4. APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Se opuso a la sentencia de primera instancia afirmando que el traslado de la demandante a la AFP COLPATRIA – hoy PORVENIR SA., obedeció a una decisión libre y espontánea, sin presiones y con una asesoría recibida de manera verbal, donde se le informaron las características del RAIS y si bien la demandante no lo manifestó de forma clara en su interrogatorio de parte, sí expone que durante una hora se le dio información.

Frente a la decisión tomada por la demandante, expone que la misma lo fue de forma consciente y espontánea, sin presiones y con el lleno de los requisitos exigidos por la Ley, toda vez que se cumplió a cabalidad lo establecido en el Decreto 692 de 1994 artículo 11, pues antes de adoptar la decisión del traslado de régimen pensional, recibió toda la información suficiente y veraz sobre el traslado que iba a realizar, además, suscribió el formulario de afiliación, el cual cumplía todos los requisitos de ley y estaba previamente avalado por la Superintendencia Financiera.

Adicionalmente, indicó, que la suscripción del formulario de traslado completa la solicitud del traslado de régimen pensional, documento en el cual se manifestó que se hacía de forma libre y voluntaria, manifestación que no puede ser considerada como un mero requisito formal o una manifestación vacía y sin ninguna consecuencia, en cuanto corresponde a una exigencia normativa y que por lo tanto no puede ser desconocida y los efectos que de ella se derivan.

Indicó que no puede pasarse por alto que la demandante durante toda su vida laboral ha realizado diferentes hechos que generan manifestaciones inequívocas de la voluntad de permanecer afiliada al RAIS, conforme la sentencia SL 403 de 2018.

Afirmó que en el fallo de primer grado se aplican unos presupuestos inexistentes a la fecha de suscripción del documento de traslado, pues conforme lo establecido por la Superintendencia Financiera en concepto 2017056668-001 del 12 de julio de 2017, la obligación de ofrecer una asesoría, entendida como la información clara, cierta y oportuna respecto a las condiciones de la afiliación, de manera que se pueda tomar la decisión informada de vincularse a un régimen y de trasladarse dentro de administradoras, se encuentra expresamente consagrada a partir del 1° de junio de 2010, fecha de entrada en vigencia del Decreto 2241 de 2010.

En cuanto a los gastos de administración, indicó que estos encuentran sustento jurídico en la Ley 100 de 1993, y por ello, ordenar su devolución causaría un perjuicio a Porvenir S.A., ya que estos se autorizan para revisar los distintos movimientos que conllevan la intención de rendimientos, los cuales se encuentran depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante y por lo tanto su devolución no procede.

COLPENSIONES

Adujo que la sentencia de primera instancia ignora el principio de la relatividad jurídica en el entendido de que Colpensiones es un tercero que nada tuvo que ver en el acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP, en razón de que los actos jurídicos tienen efectos inter partes.

Manifestó que esa entidad no puede verse perjudicada con la decisión de primer grado, pues nada tuvo que ver con la decisión tomada por la demandante al suscribir el formulario de afiliación.

Solicitó no se le condene a recibir a la demandante como afiliada al RPM, pues con dicha decisión se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema pensional, el cual se establece en el artículo 48 de la Constitución Política, ya que con el retorno de la demandante al RPM y la alta posibilidad de un reconocimiento pensional, se generaría un alto impacto en el equilibrio financiero del sistema y en la reserva presupuestal destinada para tales fines, ya que la demandante regresará después de más de 20 años a un régimen que no la tuvo en cuenta para sus reservas y cálculos pensionales.

Finalmente, en caso de que no se acceda a sus pedimentos, solicita se condene a la AFP que incurrió en su deber legal de información a pagar a Colpensiones los perjuicios económicos que ello conlleve, los cuales, si bien no fueron solicitados desde la contestación de la demanda, no existía certeza de que la AFP demandada hubiera cumplido con el deber de información que se alegó en el presente proceso, razón por la cual, en virtud de a teoría del daño del derecho civil, que indica que quien causa el daño debe repararlo, solicita se condene al pago de los perjuicios económicos causados a Colpensiones.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 13 de octubre de 2020, se admiten los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 18 de 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 demandadas, quienes reiteraron lo expuesto en las contestaciones, así como en los recursos interpuestos.

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

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

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no 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.

DE LA 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 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	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los 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 perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Articulo 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 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".

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 explícita 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. 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. Corno 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.

f) En lo que respecta a la **descapitalización del fondo y afectación del principio de sostenibilidad financiera**, a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*
>
> *"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*
>
> *"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".*

V. EL CASO EN CONCRETO:

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 26/01/1981 (fl 51 y 194); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 10/12/1998 a través de la A.F.P COLPATRIA (hoy Porvenir S.A) (fl 246); **iii)** que los días 4 y 8 de abril de 2019 (fl 25 y 37) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

A folio 246 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 10 de diciembre de 1998 con la AFP Colpatria (hoy Porvenir 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 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 el fondo privado 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:

---

[1] SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

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

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

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

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro 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.

En cuanto al argumento presentado por PORVENIR S.A. al sustentar su apelación, referente a la ratificación de la actora del acto al permanecer afiliada al RAIS, como en la sentencia antes citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos.

En lo que respecta a la orden de devolución de cuotas o gastos de administración que ordenó efectuar la A Quo y que apela PORVENIR S.A., 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.

En cuanto al argumento expuesto por COLPENSIONES en su recurso, respecto de la afectación del principio de sostenibilidad financiera, ello no acontece así, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la vulneración al principio de la relatividad jurídica aducido por Colpensiones al sustentar su recurso, ha de mencionarse que esta es una figura propia del derecho civil, que establece básicamente, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto.

Al respecto, en sentencia SC 1182-2016[2] (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), expuso:

> *"Ha existido un mal entendimiento del aludido principio -explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).*
>
> *Y como ejemplo de lo anterior, señaló:*
>
> *No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin la comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter allios acta]. "Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.*
>
> *Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».*[3]
>
> ***3.3.** En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente."*

[2] Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.
[3] Ibidem.

Así las cosas, el principio aludido por Colpensiones, no es absoluto, por lo que, si bien esta entidad es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre la demandante y Porvenir S.A., el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, como sucede en este asunto.

Ahora, en cuanto a la solicitud de Colpensiones de ordenar a Porvenir S.A. pague los perjuicios que presuntamente le ocasionó, razón le asiste al a quo en indicar que los mismos no fueron solicitados en la contestación, tampoco se presentó una demanda de reconvención y los mismos no fueron debatidos y por ende demostrados en este asunto, por lo que mal haría esta Sala en imponer condena frente al particular, pues violaría el derecho de defensa y debido proceso de Porvenir S.A.

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.

Al respecto, 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, por encontrarse ajustada a derecho.

VI. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VII. 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 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
Aclaro Voto!

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados de la parte actora, Protección S.A. y Colpensiones, así como estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **ALFONSO PÉREZ** promoviese contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., y COLFONDOS S.A**.

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS.

En lo que aquí concierne, con la demanda el actor pretende se declare la *"nulidad"* o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Colfondos S.A. y, subsidiariamente, la inexistencia del acto de afiliación; y que siempre ha permanecido afiliado a Colpensiones sin solución de continuidad. Como consecuencia de lo anterior, solicita que Colfondos S.A. y Protección S.A. restituyan todos los valores que hubieren recibido por concepto de la afiliación del actor, que Colpensiones reactive su afiliación, y que le reconozcan los correspondientes perjuicios morales.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada al demandante, de parte de los fondos privados al momento de efectuarse sus correspondientes traslados.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 105 a 121), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó validez de la afiliación al régimen de ahorro individual; buena fe; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; inexistencia del derecho reclamado; presunción de legalidad de los actos administrativos; inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005; compensación; prescripción; y la innominada o genérica.

Expuso que el accionante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado de que trata el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, consistente en que no pueden trasladarse de régimen las personas que le faltaren diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a una pensión de vejez.

Manifestó que la afiliación del accionante se hizo con la plena voluntad del cotizante, quién por unilateralmente solicitó la afiliación y decidió trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Expresó que en los casos que se ha declarado la ineficacia de la afiliación por parte de la Corte Suprema de Justicia se estaba frente a personas que eran beneficiarias del régimen de transición o estaban muy cercanos al cumplimiento del requisito de la edad para acceder a una pensión de vejez.

Dijo que la sentencia SU-062 de 2010 establece que para que haya lugar al cambio de régimen pensional en cualquier tiempo es necesario que se tuviera 15 años de servicios antes del 1 de abril de 1994, empero el actor no acumula tal cantidad de tiempo en el periodo aludido.

Indicó que conforme criterio de la Corte Constitucional el objetivo de limitar el traslado de regímenes en cualquier tiempo es evitar la descapitalización del régimen de prima media.

Concluyó indicando que en caso de prosperar las pretensiones de la demanda se debe devolver la totalidad de los aportes recibidos por los fondos privados.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** (fls. 140 a 171), de igual manera, se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad,

prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica.

Expuso que el demandante de manera libre y espontánea se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad; que el demandante es una persona mentalmente estructurada, por lo que contaba con la capacidad para sopesar lo que le informaban los asesores de los fondos privados; que no es procedente que la actora alegue un error 20 años después de haber efectuado su afiliación.

Mencionó que el deber de asesoría nació con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, según Concepto de la Superintendencia Financiera.

Manifestó que al actor se le entregó información cierta y suficiente, pues sus asesores comerciales reciben constantemente capacitaciones para transmitir una correcta y debida información a los potenciales afiliados, así como resolver las correspondientes dudas que les pueda surgir; que lo anterior queda demostrado con la suscripción de un formulario de afiliación que cumple con los requisitos que la Ley 692 de 1994; y que el actor no hizo uso del derecho de retracto de que trata el Decreto 1161 de 1994.

Adujo que el traslado se realizó de conformidad con los presupuestos legales; que el accionante no se encuentra cobijado por el régimen de transición; que conforme a las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004, y SU-062 de 2010 para que haya lugar a trasladar en cualquier tiempo a un afiliado es necesario que sea beneficiario de un régimen de transición y acumule 15 años de servicios al 1 de abril de 1994.

Finiquitó señalando que únicamente es dable declarar la ineficacia del traslado cuando el afiliado cuente con una expectativa legítimas de pensión.

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.** (fls. 186 a 202) también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la A.F.P.: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de traslado por falta de causa, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, y la innominada o genérica.

Manifestó que al actor se le brindó una asesoría completa y comprensible, informándose de temas tales como, la posibilidad de optar por una pensión anticipada siempre y cuando se cuente con un capital del 110% de un salario mínimo, el beneficio de la pensión de garantía mínima,

la posibilidad de acceder a excedentes de libre disponibilidad, y el factor herencial del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual; que no se encuentra que se hubiere incurrido en un error de hecho, en la medida que se le brindó información completa para efectuar su afiliación; que el accionante conocía claramente la especie y el objeto del contrato que suscribió; que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento; y que no está acreditada fuerza ni dolo, por demás que nunca ha ejercido fuerza ni presión para lograr la afiliación de un trabajador; que la variación del monto de la pensión no vicia el consentimiento ni es causal de ineficacia más aún cuando la Resolución 3099 de 2015 cambió las tasas de mortalidad; que el error de hecho no vicia el consentimiento; y que es obligación del consumidor financiero informarse y cerciorarse sobre los productos que está adquiriendo.

Señaló que el deber de información nació con la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010; que el deber de asesoría solo surgió con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 según Concepto 2015123910-002 de la Superintendencia Financiera.

Expuso que el accionante contaba con el derecho de retracto, no efectuó ningún traslado de régimen con lo que ratificó su intención de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad, y no hizo uso del año de gracia que se concedió a través del Decreto 3800 de 2003 para retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo.

En último término, explicó que ya transcurrió el término de cuatro años de que trata el artículo 1750 del C.C. para solicitar la rescisión del contrato; y que no se observa prueba si quiera sumaria para establecer la causación de perjuicios morales.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 24 de septiembre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

> **PRIMERO. - DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.
>
> **SEGUNDO. - DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen efectuado por el demandante a través de COLFONDOS S.A., de fecha 07 de septiembre de 1995, así como su posterior traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.
>
> **TERCERO.** - Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a COLFONDOS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas que haya descontado por concepto de gastos de administración y seguro previsional de los aportes efectuados por el demandante mientras estuvo afiliado a esa administradora.
>
> **CUARTO. - CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos sus rendimientos, y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales.

QUINTO. - ORDENAR a COLPENSIONES a recibir al demandante como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

SEXTO. - CONDENAR en costas a COLFONDOS S.A. y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (2) smlmv. Sin costas respecto de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

SÉPTIMO. - En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a COLPENSIONES remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.

OCTAVO. - ABSOLVER a las demandadas COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A. de las demás pretensiones incoadas en su contra.

En síntesis, refirió que conforme a los lineamientos fijados por la Corte Suprema es necesario acreditar el deber de información, sin que para ello resulte suficiente la simple suscripción del formulario de afiliación para tener por demostrada tal obligación; y que del acervo probatorio no se puede concluir que el accionante hubiera tomado una decisión informada para efectos de trasladarse de régimen pensional.

Dijo que del formulario de afiliación inclusive se puede establecer un desconocimiento de la situación pensional del actor por parte de Colfondos S.A. al determinarse que se estaba trasladando desde el I.S.S., pues se encontraba efectuando cotizaciones a través de la Caja de Previsión del Distrito; y que el actor en interrogatorio de parte transmitió un completo desconocimiento de las características del régimen de ahorro individual.

Agregó que la Caja de Previsión del Distrito hacía parte del régimen de prima media; y que la aludida caja fue liquidada y la única entidad que tiene la administración del régimen de prima media es Colpensiones.

Advirtió que al declararse la ineficacia del traslado las cosas retornan a su estado original, por lo que deben los fondos privados devolver todo lo que recibieron, incluyendo los gastos de administración, pues de lo contrario se podría generar un detrimento patrimonial contra Colpensiones.

Concluyó indicando que es improcedente la excepción de prescripción por estar frente a un derecho conexo al derecho a la seguridad social según criterio de la Corte Suprema de Justicia; y que no están acreditados los perjuicios solicitados en la demanda.

4. RECURSO DE APELACIÓN.

PARTE ACTORA.

Expresó que se deben reconocer costas a cargo de Colpensiones y Protección S.A., pues resultaron vencidas, controvirtieron el libelo introductor a través de excepciones, e interrogatorio y pusieron en movimiento el aparato jurisdiccional; y que el deber de información también recaía en cabeza de Protección S.A.

PROTECCIÓN S.A.

Expuso que se debe revocar la sentencia en lo concerniente a retornar a Colpensiones lo pagado por concepto de gastos de administración y seguro previsional, ya que son descuentos autorizados por la ley; que se encuentra que los aportes del accionante obtuvieron una buena ganancia, lo que da cuenta del buen trabajo realizado por el fondo; que se estaría frente a un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones al retornarse esos valores, dado que estos dineros no hacen parte de los aportes ni de los rendimientos que se tienen en cuenta para reconocer una pensión de vejez; que con lo anterior, se estaría condenando a pagar perjuicios; que cuando se suscribe un formulario de afiliación a un fondo de pensiones no sólo tiene como fin cubrir el riesgo de vejez sino también los de invalidez y muerte, por lo que los dineros fueron girados a una aseguradora para que el actor tuviera cobertura en caso de acaecer tales siniestros.

COLPENSIONES.

Indicó que la afiliación que tuvo el demandante no fue con el Instituto de Seguros Sociales ni con Colpensiones sino con la Caja de Previsión Social del Distrito, por lo que debía retornar a tal entidad; y que quien asumió las obligaciones de la Caja de Previsión Social del Distrito fue el distrito de acuerdo con el Decreto 367 de 2002.

5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 22 de febrero de 2021, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

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

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

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a definir si Colpensiones carece de legitimación para recibir los valores que pudieren provenir de los fondos privados en caso de declararse la ineficacia del traslado; y si 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.

LEGITIMACIÓN DE COLPENSIONES PARA RECIBIR LOS VALORES QUE PUDIEREN PROVENIR DE LOS FONDOS PRIVADOS EN CASO DE DECLARSE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

Sobre el tópico, encontramos que del folio 13 al 16 obra formato CLEBP que da cuenta que el actor labora para el Hospital de Usme E.S.E. desde el 29 de noviembre de 1991, y que en tal fecha estaba afiliado a la Caja de Previsión Social del Distrito.

Al respecto, es necesario rememorar que el artículo 52 de la ley 100 de 1993, establece lo siguiente:

> "**Artículo 52. Entidades administradoras.** El régimen solidario de prima media con prestación definida será administrado por el Instituto de Seguros Sociales.
>
> Las Cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán este régimen respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquellos se acojan a cualesquiera de los regimenes pensionales previstos en esta ley.
>
> Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, estarán sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria"

En igual sentido, el numeral 3° del artículo 1° del Decreto 2527 de 2000, "Por medio del cual se reglamentan los artículos 36 y 52 de la Ley 100 de 1993, parcialmente el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 y se dictan otras disposiciones", señala:

> "**Artículo 1°. Reconocimiento a cargo de las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones**. Las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones, continuarán, reconociéndolas o pagándolas mientras subsistan dichas entidades respecto de quienes tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, exclusivamente en los siguientes casos;

(...) 3. Cuando los empleados públicos y trabajadores, oficiales **que a la fecha de entrada en vigencia del sistema, a nivel nacional o territorial según el caso, hubieren cumplido veinte años de servicio o contaren con las cotizaciones requeridas en la misma entidad, caja o fondo público,** aunque a la fecha de solicitud de la pensión estén o no afiliados al sistema general de pensiones". (Negrillas por la Sala).

Como se aprecia, las normas referidas asignan la competencia de la administración del régimen de prima media al Instituto de Seguros Sociales, y por excepción, prevé que otros entes, tales como las cajas, fondos o entidades, administren el sistema, pero se requiere, fundamentalmente, que éstos cumplan con dos condiciones indispensables:

1. "Subsistan", es decir, que su vida jurídica perdure después de la entrada en vigor del sistema general de pensiones, para que continúen reconociendo y pagando las pensiones.

2. "Administren" el régimen, esto es, que se limiten a cumplir con una de las funciones del mismo, como es solamente la del pago de las mesadas pensionales.

En el caso objeto de análisis, no se presentan estas dos condiciones, pues por una parte, la Caja de Previsión Social del Distrito no subsistió y fue liquidada de forma definitiva a través del Decreto 367 de 2002, y de otra parte, el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C.- F.P.B.B., entidad que asumió las obligaciones pensionales de dicha caja, no constituye una entidad que "administre" el régimen de prima media, sino que es un fondo o cuenta destinado exclusivamente al pago de pensiones que estaba a cargo de la Caja de Previsión Social del Distrito, por demás que no se constituyó jurídicamente como la misma entidad. Sobre el punto, es necesario hacer las siguientes precisiones:

i) El Decreto Distrital 349 de 1995 declaró insolvente a la Caja de Previsión Social del Distrito Capital para administrar el sistema general de pensiones (art. 1°) y señaló que los servidores públicos distritales que eligieran el régimen solidario de prima media con prestación definida, podían continuar afiliados a esa Caja hasta el 31 de diciembre de 1995 (art. 2°), fecha hasta la cual la caja reconocería y pagaría a sus afiliados las prestaciones económicas legales (art. 3°), siendo sustituida a partir del 1 de enero de 1996, por el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C. "en el pago de pensiones" (art. 4°). Posteriormente la Caja fue liquidada.

ii) El Decreto Distrital 350 de 1995, creó el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C., como una cuenta especial, sin personería jurídica, adscrita a la Secretaria de Hacienda Distrital, cuyos recursos se manejan mediante encargo fiduciario; este Fondo, desde el 1 de enero de 1996, sustituyó a la Caja de Previsión Social del Distrito Capital en la obligación de pago de las pensiones.

iii) El Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C. se diferencia ostensiblemente de la Caja de Previsión Distrital, toda vez que carece de personería jurídica, y no administra el sistema general de pensiones.

Así las cosas, el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C. no es una entidad administradora del sistema, sino una cuenta especial, manejada fiduciariamente, bajo la responsabilidad de la Secretaría de Hacienda del Distrito, destinada esencialmente al pago de pensiones; haciéndose especial énfasis, en que este fondo no es "la entidad" encargada de recibir aportes o cotizaciones a nivel distrital.

Por otra parte, el artículo 5° del Decreto 1068 de 1995, es claro en determinar que el responsable del pago de pensiones o prestaciones económicas a que haya lugar es la entidad administradora de pensiones que haya recibido o que le hubiere correspondido recibir el monto de las cotizaciones del periodo en el cual ocurre el siniestro o hecho que da lugar al pago de la prestación correspondiente. Al punto, dispone la citada norma:

> **"Artículo 5°. Efectos de la afiliación.**
>
> (...) Será responsable del pago de las pensiones o prestaciones económicas a que haya lugar, **la entidad administradora de pensiones que haya recibido o le corresponda recibir el monto de las cotizaciones del periodo en el cual ocurre el siniestro o hecho que da lugar al pago de la prestación correspondiente".**

Por tanto, y dado que la entidad administradora por excelencia del régimen solidario de prima media con prestación definida es el Instituto de Seguros Sociales -I.S.S., es ésta la entidad que en ausencia de la Caja de Previsión Social del Distrito debió recibir las cotizaciones del actor, en caso de declararse la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anteriormente expuesto tiene como fundamento la sentencia con radicación número: 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251) del 28 de agosto de 2014, de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado.

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 H. 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 H. 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 Administradoras 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, y los alcances de la ineficacia, 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 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	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los 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 3°, 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° 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 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".

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 explícita 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. 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 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."

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

"3. ¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?

Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...)".

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**, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** El actor se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través de la entonces Caja de Previsión Social del Distrito el 29 de noviembre de 1991, según formato CLEBP obrante a folios 13 a 16; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Colfondos S.A el día 07 de septiembre de 1995 (fl.17); **iii)** Dentro del R.A.I.S, el actor se trasladó a Colmena Pensiones y Cesantías (hoy Protección S.A.), conforme formulario de afiliación visible a folio 18; y **iv)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el día 12 de febrero de 2019 (fls. 34 a 40), pero le fue negada la posibilidad por las demandadas (fls. 41 a 44).

A folio 17 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 7 de septiembre de 1995 con la A.F.P. Colfondos S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó de forma 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 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 la correspondiente AFP en la libertad de usar cualquier 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; tal omisión, no puede suplirse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, pues este se limitó a exponer que el asesor le dijo que Colfondos S.A. era su mejor elección y que creyó en lo que le fue informado por éste por la seguridad que transmitía y la familiaridad con la que se expresaba, información que a juicio de la Sala es muy precaria, y de la que no es viable derivar una confesión, con consecuencias adversas para el declarante ni, mucho menos, que respalde los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime teniendo en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

En cuanto a que **el demandante debía conocer la ley** o en otras palabras que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, la aplicación de dicho principio del derecho no descarta la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información clara, cierta y oportuna 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 del actor al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

---

[1] SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

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 citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

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

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

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

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro 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."

Conforme las pruebas del proceso y la exposición jurisprudencial anteriormente expuesta, la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo de declarar la ineficacia del acto de traslado de Alfonso Pérez del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por otra parte, y como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de traslado, resulta consecuente ordenar el **reconocimiento y pago de la totalidad de los rubros que recibió la AFP**, tales como aportes, rendimientos, gastos de administración y seguros previsionales. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, 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 por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., y los porcentajes pagados por seguros previsionales, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. En igual sentido, la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

> *"De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le*

asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones".

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal 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 improcedente 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".*

COSTAS.

El artículo 365 del CGP establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que al resultar la sentencia de primera instancia contraria a los intereses de Colpensiones y de Protección S.A., tales entidades también debieron ser llamadas a asumir tal carga, por lo que en tal sentido se REVOCARÁ PARCIALMENTE el numeral sexto y se dispondrá la condena en costas a cargo de tales demandadas.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Protección S.A.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – **REVOCAR PARCIALMENTE el numeral sexto** de la sentencia, en el sentido de establecer que se condena en costas de primera instancia a Colpensiones y a Protección S.A.

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

TERCERO. – Costas en esta instancia a cargo de Protección S.A. y Colpensiones.

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

Aclaro Voto!

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de 450.000- a cargo de Colpensiones y Protección S.A.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los apoderados de Colfondos S.A. y Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá el 3 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **MAURICIO ANDREY MARÍN MORALES** promoviese contra **COLFONDOS S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, a partir del 17 de febrero de 2014, junto con el correspondiente retroactivo.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que: **1)** Nació el 24 de junio de 1979; **2)** El 17 de febrero de 2014 sufrió un intento de homicidio, quedando con secuelas tales como: fractura de la diáfisis del húmero, herida en la pared del tórax, heridas de otras partes del abdomen, traumatismo de la cola de caballo, y trastorno de ansiedad; **3)** El 29 de noviembre de 2014 el comité interdisciplinario de Mapfre calificó la pérdida de capacidad laboral del actor en un 42,75%; **4)** La Junta Regional de Calificación de Invalidez determinó una pérdida de capacidad laboral del **55,45%,** con fecha de estructuración, 17 de febrero de 2014; **5)** Acumula 77,85 semanas dentro de los últimos tres años anteriores a la emisión del dictamen; y 6) Cuenta con 606,14 semanas en toda su vida laboral.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas la convocada, contestó en los siguientes términos.

COLFONDOS S.A. (fls. 63 a 91), se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, falta de causa en las pretensiones de la demanda y falta de acreditación de los requisitos legales para reconocer la pensión de invalidez; cobro de lo no debido; enriquecimiento sin causa; inoponibilidad de dictámenes de pérdida de capacidad laboral; la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios; buena fe; compensación y pago; prescripción; y la innominada o genérica.

Expuso que la norma a aplicar es la de la fecha de ocurrencia del siniestro, esto es, la Ley 860 de 2003; y que el actor no acredita el requisito de 50 semanas contemplado en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, para que tenga derecho a una pensión de invalidez, por cuanto tan solo acredita 45,28 semanas, entre el 17 de febrero de 2011 y el 17 de febrero de 2014.

Señaló que el dictamen de pérdida de capacidad laboral no le resulta oponible, pues no fue vinculada al trámite de pérdida de capacidad laboral, y no le fue notificado en debida forma.

Expuso que al accionante no le resulta aplicable el principio de la condición más beneficiosa, pues la norma vigente al momento del siniestro era la Ley 860 de 2003, la cual requiere 50 semanas; que tal requisito de las 50 semanas no es regresivo ni más gravoso para el demandante en criterio de la Corte Constitucional; y que no es procedente invocar la excepción de inconstitucionalidad cuando la norma sobre la cual se predica su falta de carácter constitucional, ya fue estudiada por la Alta Corporación referida.

En último término, adujo que se hacía necesario llamar en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., dado que es la sociedad aseguradora con la que se contrató el seguro previsional, sin que sea posible alegar por parte de ellos la prescripción, al estar frente al reclamo de una pensión y estar destinados los recursos a la seguridad social.

Mediante auto del 24 de febrero de 2020 se dispuso tener como llamada en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (fls. 1 a 11 de la contestación llamada en garantía obrante en el expediente digital), quien también se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de obligación legal y contractual de la compañía Mapfre Colombia Vida frente a la parte actora y el llamante en garantía, imposibilidad de contabilizar las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración, violación del debido proceso establecido en la normatividad, prescripción de la acción laboral, inexistencia de intereses moratorios, buena fe, límite de pago en el seguro previsional de invalidez y sobrevivientes, y la genérica.

Manifestó que el accionante no es beneficiario de una pensión de invalidez, dado que no acumulaba 50 semanas dentro de los últimos tres años anteriores a la ocurrencia del siniestro.

Afirmó que el accionante no está frente a una situación en la que haya perdido su capacidad laboral de forma residual y hubiera seguido laborando, para que se pueda tener como fecha de estructuración una diferente a la establecida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

Agregó que el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez no fue notificado a Colfondos S.A., lo que resulta violatorio del debido proceso, al no poder contradecir dicho estudio científico.

Finalmente, apuntó que en caso de condena solo está obligado a pagar las sumas adicionales necesarias para el pago de la pensión de invalidez, en el evento que se demuestre la configuración de los requisitos exigidos por la ley para el reconocimiento de la prestación.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 3 de septiembre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

> **PRIMERO: CONDENAR** a COLFONDOS S.A. al reconocimiento y pago a favor del demandante, pensión de invalidez de que trata el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, a partir del 14 de febrero de 2014, en cuantía equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.
> **SEGUNDO: CONDENAR** a COLFONDOS S.A. al reconocimiento y pago a favor del demandante del retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 14 de febrero de 2014 y la fecha en que sea ingresada en nómina de pensionados, el cual liquidado hasta el 31 de agosto de 2020 asciende a la suma de $62'856.200.
>
> **TERCERO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción alegada por la demandada y la llamada en garantía.
>
> **CUARTO: CONDENAR** a la compañía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. a pagar en garantía la condena aquí emitida en contra de Colfondos S.A. hasta el límite de la suma asegurada, por concepto de retroactivo pensional causado a favor de la aquí demandante, desde el 14 de febrero de 2014 y hasta la fecha de vigencia de la póliza.
>
> **QUINTO: COSTAS** de esta instancia a cargo de la demandada. Sin agencias en derecho por acudir el demandante a la jurisdicción por medio de la Defensoría del Pueblo.

En síntesis, refirió que de conformidad con la sentencia T-046 de 2019 y SU- 588 de 2016, cuando un afiliado tiene capacidad residual con la que puede seguir trabajando para satisfacer sus necesidades básicas, le corresponde a la administradora de pensiones verificar que se aportó producto de la aludida capacidad residual, y que la enfermedad es congénita, crónica o degenerativa.

Señaló que para establecer la fecha a partir de la cual se debe realizar el conteo de semanas, se debe tener en cuenta la fecha de estructuración, la fecha de la última cotización (porque se presume que fue allí que la enfermedad no permitió que el afiliado siguiera siendo laboralmente productivo), y la fecha de reconocimiento pensional.

Dijo que conforme criterio de la Corte Constitucional no se puede exigir al demandante que estuviera trabajando durante el periodo de su incapacidad; que es relevante que se verifique que no exista un ánimo defraudatorio por parte del accionante contra el sistema, y que, en el asunto se observa que ha cotizado alrededor de 250 semanas adicionales (de las cuales 82,14 semanas se cotizaron entre la fecha de estructuración y la fecha del dictamen), y que sigue aportando hasta la fecha; que las cotizaciones del accionante iniciaron desde 1997, que hay una intención de aportar al sistema, no sólo después del siniestro, sino con anterioridad; y que aunado a lo anterior, una de las secuelas del actor, el traumatismo de la cola de caballo o síndrome de cauda equina, puede ser considerado como una enfermedad crónica, pues es de larga duración e impredecible.

Expuso que conforme a lo anterior, es dable contabilizar las semanas desde la fecha de emisión del dictamen, teniéndose que el actor alcanza más de 50 semanas dentro de los últimos tres años anteriores a este; y reconoció como valor de la mesada pensional el salario mínimo legal mensual vigente, pues el valor de la prestación oscila entre el 45% y el 75% del ingreso base de liquidación, y los aportes del actor estuvieron ligeramente por encima del salario mínimo.

Explicó que se declaraba no probada la excepción de prescripción, dado que la pensión se solicitó por parte del actor ante el fondo privado el 31 de julio de 2014, se dio la respuesta el 9 de junio de 2015, y se demandó el 16 de enero de 2018 y condenó a un retroactivo a la fecha de la sentencia por la suma de $62'856.200.

Concluyó indicando que Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. celebró con Colfondos S.A. póliza de seguro previsional por invalidez y muerte N° 8301409003175, por lo que debe asumir en garantía la obligación del fondo privado hasta el límite del monto asegurado, esto es, $480'000.000; y que de existir alguna suma faltante la debe pagar Colfondos S.A. de su propio patrimonio.

4. APELACIÓN DE SENTENCIA.

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

Expresó que para que haya lugar a una pensión de invalidez, el accionante debió presentar 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez, tiempo con el que no contaba.

Dijo que la sentencia SU-588 de 2016 únicamente se puede aplicar cuando una persona está frente a una enfermedad crónica o congénita, sin embargo, el accionante no sufre ninguno de tales padecimientos; que el actor sufrió un atentado contra su vida, y que las secuelas que tuvo no fueron empeorando con el tiempo, tanto así, que la Junta Regional de Calificación de Invalidez dictaminó como fecha de la pérdida laboral del actor el mismo día del accidente; y que el demandante no tuvo capacidad laboral residual, siguió cotizando porque estaba afiliado a seguridad social, estuvo incapacitado desde el momento del accidente hasta la fecha que se profirió el dictamen.

Manifestó que las secuelas del actor no se pueden entender como enfermedades crónicas o degenerativas, pues si bien existe la posibilidad de rehabilitar al demandante, no significa que las secuelas puedan mejorar o empeorar; que la sentencia de la Corte Constitucional va acorde con el

principio de progresividad, y es por ello que habla de enfermedades que van menguando poco a poco la capacidad laboral, o de accidentes que pese a que dejan laborar al trabajador van empeorando con el tiempo, lo que no es el caso, pues el actor sufrió un accidente y quedó en estado de incapacidad, no hubo posibilidad de recuperarse.

Finalmente, señaló que resulta contradictorio tener como fecha para contabilizar las semanas las anteriores al dictamen y reconocer el retroactivo desde la fecha de estructuración de la invalidez.

COLFONDOS S.A.

Expuso que la Junta Regional de Calificación de Invalidez estableció como fecha de estructuración de la invalidez del actor, el día 17 de febrero de 2014, data para la cual no contaba con 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de su patología, dado que tan sólo aparecen aportadas 45,28 semanas; que la decisión de la Junta Regional de Calificación de Invalidez no fue recurrida por el demandante.

Manifestó que el criterio de la Corte Constitucional citado por el sentenciador no resulta aplicable, como quiera que no se está frente a una persona con una enfermedad crónica o degenerativa.

Refutó la condena por concepto de retroactivo teniendo como fecha el 14 de febrero de 2014, pues no debe hacerse un estudio diferente al señalado en relación con el estado de salud del accionante.

En último término, indicó que se debe tener presente que confirmar la sentencia es abrir una brecha a cualquier persona para que pueda acceder a la pensión en condiciones diferentes a las establecidas por las altas cortes.

5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 18 de enero de 2021, se admitió el recurso de apelación.

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

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y S.S., 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 que **el problema jurídico** a resolver, se circunscribe a determinar si en aplicación del criterio de capacidad laboral residual generado como subregla de la jurisprudencia nacional en el caso del demandante, para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez, debe tenerse como fecha de estructuración de la invalidez la del día de expedición del dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez y no el de la fecha de estructuración de la enfermedad.

De la pensión de invalidez

Lo primero por recordar, es que la pensión de invalidez se consagró como una prestación para aquellos que contaran con una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, la cual puede ser producto de una enfermedad o un accidente de origen común, que afecte su capacidad productiva y, además, un cierto número de semanas de cotización. Para aquellos afiliados que al momento de la estructuración de su invalidez no hubieren alcanzado los requisitos para adquirir dicha prestación, se estableció el reconocimiento de una indemnización sustitutiva

Así mismo es pertinente memorar que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez es la vigente a la fecha de estructuración de la misma. Así lo ha estimado la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias del 03 de mayo de 2011, Rad. 37039, SL4031-2017, SL3905-2018 y SL1040-2021.

Por lo anterior, la norma que gobierna el asunto bajo estudio es el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, que indica:

> "**ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ.** <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrá derecho a la pensión de *invalidez* el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado *inválido* y acredite las siguientes condiciones:
>
> 1. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> *Invalidez* causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración ~~y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.~~
>
> 2. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> *Invalidez* causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, ~~y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.~~ (...)".

Ahora bien, el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral, en su artículo 3° del Decreto 917 de 1999– norma vigente al momento de la calificación del actor – 12 de diciembre 2014 (folio 14 a 19) dice lo siguiente:

> **ARTICULO 3o.** FECHA DE ESTRUCTURACIÓN O DECLARATORIA DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL. **Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva.** Para

> cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez. **(Negritas fuera de texto)**

A partir de esta definición, la Corte Constitucional ha desarrollado un sólido precedente para los casos en que la invalidez tiene como causa una ENFERMEDAD CONGÉNITA, CRÓNICA Y/O DEGENERATIVA, en los que resulta procedente establecer una fecha de estructuración material que es posterior o anterior a la fijada en los dictámenes.

Se parte como premisa, que en algunos casos, al momento de efectuarse la calificación se establece una fecha de estructuración que no refleja el momento en que la persona realmente pierde su capacidad laboral en forma permanente y definitiva.

Concretamente, en lo referente a la capacidad residual, la H. Corte Constitucional estableció:

- "que se trata de la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, pese a las consecuencias de la enfermedad. En consideración de este elemento, a la Administradora de Fondos de Pensiones le corresponde comprobar que el beneficiario trabajó y, producto de ello, aportó al Sistema durante el tiempo que su condición se lo permitió o que consideró prudente (en el caso de las enfermedades únicamente congénitas). De la misma manera, tendrá que corroborar si los aportes realizados se hicieron con la única finalidad de acreditar las 50 semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número importante de cotizaciones que resulten de una actividad laboral efectivamente ejercida. El análisis de lo anterior busca evitar el fraude al sistema general de pensiones y, a su vez, garantiza la sostenibilidad fiscal del mismo, en tanto que, si una persona ha cotizado durante varios años de manera ininterrumpida o, en su defecto, lo ha hecho de forma interrumpida, pero durante periodos de tiempo importantes, es fácil deducir que los aportes se han hecho gracias a la capacidad laboral residual con la cual ha podido ejercer un oficio que le ha permitido garantizar para sí y para su familia un mínimo vital".

Entonces, en los eventos en los cuales la fecha de estructuración es anterior a la fijada en los dictámenes de pérdida de capacidad laboral, y en aplicación del principio de realidad sobre las formas, la Alta corporación de lo constitucional[1] ha considerado como fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral un instante anterior a la data que establece el dictamen de la calificación de la invalidez, definiendo por tal aquella en la que la persona deja de trabajar por la enfermedad, teniendo por tal, la fecha en la que cesaron las cotizaciones.

Y en la Sentencia SU 588 de 2016 dijo que:

- "En realidad, tratándose de patologías congénitas, crónicas y/o degenerativas, debe hacerse un análisis especial caso a caso, en el que además de valorar el dictamen, deberán tenerse en cuenta otros factores tales como, las condiciones específicas del solicitante y de la patología padecida, así como su historia laboral.

- Lo anterior, se fundamenta en el hecho de que en el caso de las enfermedades degenerativas y crónicas, sus efectos no aparecen de manera inmediata, sino que éstas se desarrollan dentro de un lapso prolongado, ocasionando que la fuerza laboral se vaya menguando con el tiempo y, por lo tanto, permitiendo a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que le impida de manera cierta desarrollar una labor.

- Ahora bien, tratándose de enfermedades simplemente congénitas, es decir, aquellas que se presentan desde el momento mismo del nacimiento, esta Corte advierte que la razón del especial análisis que le corresponde realizar a las Administradores de Fondos de Pensiones no se basa en las características progresivas de la enfermedad, sino en la imposibilidad fáctica y jurídica que tienen estas personas de cotizar con anterioridad al día de su nacimiento, motivo por el cual, este razonamiento encuentra su principal fundamento en la observancia de los principios de igualdad y dignidad humana, inherentes a todo ser humano. Interpretar lo contrario implicaría una contradicción, puesto que no parece lógico que el Estado propenda por

[1] Ver sentencias T-513 de 2014, T-713 de 2014, T- 046 de 2019 y T-240 de 2019

la inclusión laboral de las personas en situación de discapacidad, pero impida que accedan a un reconocimiento prestacional propio de cualquier trabajador.

- En estos casos, esta Corte ha precisado que se deberán tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, en tanto que, de lo contrario, se impondría a la persona una condición imposible de cumplir y se estarían desconociendo una serie de principios de orden constitucional tales como "(i) el principio de universalidad; (ii) el principio de solidaridad; (iii) el principio de integralidad; (v) el principio de prevalencia de la realidad en materia laboral y de seguridad social (art. 53, CP), así como (v) la buena fe". Además, con este proceder se estarían vulnerando los derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad, que son sujetos de especial protección constitucional, pues dicha interpretación es, a todas luces, discriminatoria e implica que las personas con enfermedades congénitas, degenerativas y/o crónicas, según las circunstancias, no accederán a un derecho pensional".

-

Por lo anterior, en la misma sentencia analizada SU 588 de 2016, señaló las reglas aplicables al reconocimiento de la pensión de invalidez de las personas que padecen de enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas. En esos casos, explicó que la evaluación del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 no es sencilla, pues esas patologías-:

"se presentan desde el nacimiento o son de larga duración o progresivas". Así las cosas, es posible que estas personas no acrediten las semanas legalmente requeridas para obtener la pensión de invalidez dentro de los tres años anteriores a la fecha del dictamen, pese a haber cotizado un número importante de semanas después de la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral. Por lo tanto, si en estos casos no se tienen en cuenta las semanas cotizadas después de esa fecha, "se impondría a la persona una condición imposible de cumplir", lo que implica admitir que "por razón de su condición, no [tiene] la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana, ni tampoco la de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez una vez su estado de salud [le] haga imposible seguir laborando".

De conformidad con lo anterior, determinó que, en tales casos, la administradora de fondos de pensiones:

> (i)"no puede limitarse a hacer el conteo mecánico de las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a [la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral]", sino tener en cuenta factores como "las condiciones específicas del solicitante y de la patología padecida, así como su historia laboral"; (ii) debe "verificar que los pagos realizados después de la estructuración de la invalidez, [a)] hayan sido aportados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual del interesado y [b)] que éstos no se realizaron con el único fin de defraudar el Sistema de Seguridad Social", y (iii) debe determinar el momento desde el cual se verificará que la persona cuenta con el número de semanas legalmente requeridas para obtener la pensión, ya sea "la fecha de calificación de la invalidez o la fecha de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo de sustento económico o, inclusive, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional".

Por su parte, el órgano de cierre de la jurisdiccción ordinaria en su especialdiad laboral, en su precedente, también ha acogido este criterio, señalando que los jueces excepcionalmente pueden apartarse de la fecha de estructuración, teniendo en cuenta el acervo probatorio que permita concluir el momento en el que la persona ha dejado de trabajar, entre otras se encuentran las sentencias **SL780-2021, SL5157-2020, SL5157-2020, SL 21811 de 2017 , SL16374-2015 de 2015,** entre otras.

Se advierte con claridad, que es criterio unánime de las dos Altas Cortes, que en eventos de enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas, puede suceder que la fecha de estructuración establecida por los organismos encargados de la calificación no corresponda a la realidad. Pero en todo caso se enfatiza que no basta con acreditar los aportes al sistema de pensiones, sino que es necesario probar la efectiva ejecución de una labor o actividad laboral.

EL CASO CONCRETO

De lo probado en el proceso

i) Mauricio Andrey Marín Morales nació el 24 de junio de 1979 (fl.9).

ii) El actor el 14 de febrero de 2014 sufrió un intento de homicidio, recibiendo seis heridas por arma de fuego (fls.13 a 19).

iii) Para el momento del insuceso, el actor se encontraba cotizando al Sistema General de Pensiones en calidad de dependiente para la empresa LATIN GARMEN AMÉRICA (fls. 115).

iv) El 29 de noviembre de 2014, Mapfre Seguros Colombia calificó la pérdida de capacidad laboral del actor, fijándola en un 42,76%, (fls. 10 a 12).

v) El 12 de diciembre de 2014 el accionante fue calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá-Cundinamarca, quién estableció que la pérdida de capacidad laboral del actor era de un 54,55%, empero estableció como fecha de estructuración el 14 de febrero de 2014 (fls. 13 a 19).

vi) El demandante estuvo incapacitado en forma continua, desde el 1 de marzo de 2014 el accionante y por lo menos hasta el mes de agosto de 2014 (fls. 102 a 103).

vii) Que posterior al evento invalidante se continuaron efectuando cotizaciones al sistema general de pensiones, según se desprende del detalle de días acreditados obrante a folios 22 y 23.

viii) El 9 de junio de 2015 el demandante solicitó pensión de invalidez, empero le fue negada por no acumular 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración (fls. 20 y 21).

Pues bien. Revisado el material probatorio se encuentra que el demandante registra en su historia laboral un total de **609** semanas cotizadas a Colfondos S.A., de las cuales **44,57** semanas, se cotizaron dentro de los tres años anteriores al 14 de febrero de 2014, fecha de estructuración de la invalidez (fls. 161 a 181), por lo que nítido refulge que

no logró acreditar el presupuesto fáctico de 50 semanas para ser beneficiario de una pensión de invalidez, según las voces del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, por lo que subsiguientemente se procede a verificar si estamos frente a una persona que se encuentra en una condición especial que sea objeto de protección conforme a los lineamientos de la sentencia **SU-588 de 2016.**

Conforme quedó visto en líneas anteriores de esta decisión, la sentencia SU-588 de 2016 analizó el caso de aquellas personas que padecen de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, y en un entendimiento más amplio, de cualquier padecimiento producto de una enfermedad o accidente que le genera una mengua *paulatina* de la capacidad laboral, empero que en todo caso le permite al afiliado trabajar hasta que el nivel de afectación es de tal magnitud que no puede de manera cierta desarrollar una labor.

En el *sub lite*, según el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, al accionante le fueron diagnosticados los siguientes padecimientos como consecuencia de un intento de homicidio: fractura de humero, herida en la pared del tórax, heridas de otras partes del abdomen, y lesión de cola de caballo.

Sin embargo, observa la Sala que tales lesiones no surgieron de forma mediata y paulatina, por el contrario, son consecuencia de un intento de homicidio del que fue víctima el accionante el 17 de febrero de 2014, lo que es un evento concreto y repentino.

En efecto, la Junta Regional de Calificación de Invalidez en ninguno de sus apartes señala que los padecimientos del accionante surgieron desde su nacimiento o que se fueron ocasionando de forma lenta y progresiva como consecuencia de una enfermedad degenerativa o crónica, por el contrario, fue certero en establecer que la fecha de estructuración lo fue precisamente el 14 de febrero de 2014, mismo día en que sufrió un atentado en su humanidad.

En igual sentido, no se ajusta a la situación del actor el concepto de capacidad residual, pues para dar aplicación al mismo, era necesario que se estuviera frente a las situaciones especiales aludidas, esto es, padecer una aflicción de carácter crónico, degenerativo o congénito, en la que el afiliado efectúa las cotizaciones al Sistema, precisamente con ocasión de una actividad laboral que efectivamente ejerce, es decir, con la capacidad residual con la que aún cuenta pese a su condición de salud; no obstante, en el *sub examine* se verifica que el demandante perdió su capacidad laboral por un evento concreto y repentino, que generó de forma inmediata su porcentaje de pérdida de capacidad laboral, lo que se aleja de los supuestos fácticos que dan lugar a un padecimiento crónico o degenerativo, que como ya se vio, se representan en padecimientos de larga duración y con progresión.

Ahora bien, señaló el juez de primera instancia que la lesión de cola de caballo o síndrome de cauda equina es un padecimiento degenerativo; no obstante, este versa sobre una emergencia médica, miremos:

> "El síndrome de cauda equina es una afección poco común pero seria y se trata de una presión extrema e hinchazón de los nervios que se encuentran al final de la médula espinal. Obtiene su nombre del latín, "cola de caballo", porque los nervios que se encuentran hacia el final de la columna vertebral se asemejan a los de la cola de un caballo, ya que se extienden desde la médula espinal hacia abajo en cada pierna.
>
> El síndrome de cauda equina **es una emergencia médica** seria que requiere un testeo y, posiblemente, una intervención quirúrgica urgente. Si los pacientes con síndrome de cauda equina no reciben tratamiento en forma rápida, algunos de los resultados adversos pueden ser parálisis permanente, problemas de control urinario y/o intestinal, dificultad para caminar y/u otros problemas neurológicos y físicos.
>
> **Causas del síndrome de cauda equina**
>
> El síndrome de cauda equina es causado por la compresión de los nervios de la columna lumbar y un estrechamiento del canal espinal. Esta presión sobre los nervios espinales puede ocurrir por varias causas subyacentes:

- Cualquier problema en la columna vertebral que pueda comprimir los nervios de la espalda baja, por lo general, una hernia de disco lumbar o estenosis lumbar espinal
- Afecciones inflamatorias de la columna vertebral, como espondilitis anquilosante
- Infecciones en el canal espinal, como el absceso epidural raquídeo en el canal espinal
- Tumores espinales que pueden causar presión en los nervios de la zona inferior de la columna, como neoplasias
- **Lesión que penetra la espalda baja, como una herida de arma de fuego o de arma blanca**
- Traumatismos en la columna lumbar, por ejemplo, producido por un accidente automotor, una caída o una cirugía". (Negrilla por la Sala).[2]

Aunado a lo anterior, si bien es cierto que el síndrome de cauda equina puede generar secuelas permanentes si no se trata de forma temprana, ello no quiere decir que sea una enfermedad degenerativa o crónica, recuérdese que dichos padecimientos por definición tienen efectos que no aparecen de manera inmediata, sino que se desarrollan dentro de un lapso prolongado, ocasionando que la fuerza laboral se vaya menguando con el tiempo y, por lo tanto, sólo permiten a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que no pueda desarrollar una labor, sin embargo, y como quedó visto en el caso, surgió como consecuencia de un accidente concreto y repentino más no progresivo.

Refuerza lo que que aquí se concluye por la Sala, la sentencia con radicación **SL780-2021**, decisión en la que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, precisó que para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez, frente a padecimientos que pueden catalogarse como degenerativos, o que tienen efectos mediatos, por cuanto se presentan en un periodo prolongado, (con tal suerte que se conserva capacidad para laborar por determinado lapso aun después de la fecha de estructuración), la regla general se puede soslayar, pues un entendimiento contrario podría desconocer principios y normas de rango constitucional, especialmente el

[2] Tomado de https://www.spine-health.com/espanol/lumbalgia/sindrome-de-cauda-equina

derecho a la seguridad social y el derecho a la pensión. Al respecto, dijo la H. Corte:

> "conforme al criterio doctrinal actual de la Sala, debe precisare, que si bien la regla general es que para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez, además de una pérdida de capacidad laboral de por lo menos el 50%, se acredite una densidad de semanas determinadas en un lapso de tiempo específico, acorde con la disposición llamada a aplicar, las que se contabilizan hasta cuando esta se estructure; excepcionalmente, y en razón de encontrarnos frente a enfermedad degenerativas, debe darse un tratamiento diferente, posibilitando tener en cuenta aquellas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración, o la calenda en que se emitió el dictamen.
>
> Lo anterior tiene razón de ser por cuanto, en tratándose de padecimientos que pueden catalogarse como degenerativos, que es la del *sub examine*, sus efectos son mediatos, en razón a presentarse en un periodo de tiempo prolongado, de tal suerte que la asegurada conserva una cierta capacidad para laborar por determinado lapso temporal, aun después del diagnóstico, la que sin lugar a dudas no se puede soslayar, puesto que sería desconocer principios y normas de rango constitucional que consagran el derecho a la seguridad social, el derecho a la pensión".

En igual sentido, frente a la conclusión a la que llegó esta Sala de decisión en torno a que estima que los padecimientos del actor derivados de las lesiones producidas en su humanidad así como sus secuelas se derivan de un evento concreto y repentino, que generó de forma inmediata su porcentaje de pérdida de capacidad laboral, la Sala encuentra apoyo en lo también adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia **SL5157-2020**, ocasión en la que señaló:

> "**un fenómeno agudo que se da de manera súbita o repentina, es decir, como su nombre lo dice un accidente, en un momento específico, lo cual dista del concepto de crónico o degenerativo que representan enfermedades de larga duración y con progresión**, en la mayoría de casos lenta[3], que es lo que precisamente evidencia que la persona, aun cuando

[3] https://www.who.int/topics/chronic_diseases/es/

tiene un diagnóstico específico, tiene capacidad laboral que le permite continuar como trabajador activo, esto es, que, si bien puede tener una PCL, esta no logra el 50% de «*forma permanente y definitiva*», que le impida desarrollar su labor profesional. Desde el mismo punto de partida debe señalarse que no puede ser catalogada como congénita

Esta Sala en sentencia CSJ SL3275-2019, explicó el concepto de enfermedad crónica así:

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de Salud (OPS), debido a sus características las enfermedades de tipo «crónico» son de larga duración y progresión generalmente lenta, y se catalogan como una patología para la cual «aún no se conoce una solución definitiva y el éxito terapéutico consiste en tratamientos paliativos para mantener a la persona en un estado funcional, mediante el consumo constante de fármacos (...); dichas enfermedades, hoy por hoy, son las causantes de la mayoría de muertes y de discapacidades mundiales».

De acuerdo con dicha organización, las enfermedades crónicas incluyen un grupo de padecimientos y condiciones que, a pesar de tener manifestaciones clínicas diversas, comparten algunas características básicas comunes, como son su persistencia, el requerir manejo durante años o decenios y el hecho de que desafían seriamente la capacidad de los servicios de salud4. Se caracterizan también por tener «estructuras causales complejas mediadas por múltiples condiciones de exposición, periodos de latencia largos, evolución prolongada, relativa incurabilidad, y carácter degenerativo» que, sin manejo adecuado, generan discapacidad o alteración funcional, con la consecuente pérdida de autonomía del sujeto afectado.

Desde la perspectiva de los determinantes sociales, la presencia de condiciones crónicas se concibe como un proceso social que asume características distintas en los grupos humanos según la forma en que se concretan los modos de vida, las condiciones de clase social, las condiciones de trabajo y la manera como se expresan a través de las construcciones culturales y las prácticas sociales. Por ello, su evaluación no resulta sencilla, en la medida que amerita un tratamiento distinto por ser una patología de larga duración.

---

[4] *Documento técnico del proyecto de desarrollo de autonomía para la prevención y control de las condiciones crónicas en el distrito capital plan de intervenciones colectivas. SDS. 2009.*

En efecto, frente a este tipo de padecimientos, la Corte Constitucional mediante sentencia SU - 588 de 2016 se pronunció, al referir que las llamadas enfermedades «crónicas, degenerativas y/o congénitas» son aquellas que, debido a sus características, «se presentan desde el nacimiento o son de larga duración y progresivas». Por tanto, en tales eventos, el momento en el cual se perdió definitivamente la capacidad para laborar, suele coincidir con el día del nacimiento, uno cercano a este o la fecha del primer síntoma de la enfermedad o del diagnóstico de la misma y, por esa razón, «estas personas normalmente no acreditan las semanas requeridas por la norma, pese a contar con un número importante de cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha asignada».

Ello significa que los padecimientos crónicos de larga duración son permanentes en el tiempo y se agravan de manera paulatina, lo cual, eventualmente, permite al paciente continuar con su actividad de trabajo, pese a que la pérdida de capacidad laboral se haya estructurado desde antes.

Así las cosas, ***existe error en el Tribunal al calificar la patología del señor Álvarez Cardona como progresiva,*** *y bajo esta consideración, correr la fecha de estructuración a la del último aporte,* ***puesto que fue un accidente que se configuró y consolidó en un momento concreto*** *como lo refieren los dictámenes de calificación de PCL y el mismo fue de tal magnitud que le mereció un PCL 66,51% de origen común; en consecuencia, le es aplicable la regla general, esto es, que el hito a partir del cual se da la contabilización de semanas es el trienio anterior es la fecha de estructuración, en este caso determinada por la Junta Regional de Calificación de Antioquia el 28 de agosto de 2007, momento a partir del cual se deberá realizar la contabilización de las 50 semanas exigidas por la norma aplicable al caso concreto, que recordamos lo es la Ley 860 de 2003".*

Aunado a lo anterior resulta de igual manera relevante el hecho relativo a que, las cotizaciones posteriores al evento que ocasionó la pérdida de capacidad laboral efectuadas por el afiliado no se hicieron en virtud de su capacidad residual. En efecto nótese como desde el evento que ocasionó las lesiones, el demandante continuó incapacitado por lo menos hasta el 23 de **agosto de 2014,** y aunque posterior a dicha calenda se registran

cotizaciones a su nombre, lo cierto es que no puede decirse que las estas fueron efectuadas con posterioridad a la fecha del evento invalidante fueron efectuadas precisamente en virtud de su capacidad residual, carga probatoria que, sin duda alguna le correspondía a la parte activa.

Conforme las breves consideraciones vertidas en esta decisión, la Sala se aparta de las conclusiones que llevaron al A Quo a declarar el derecho a la pensión de invalidez, por cuanto no se acreditaron los presupuestos fácticos necesarios para aplicar la subregla jurisprudencial relativa al criterio de capacidad laboral residual.

Tampoco resulta viable en el caso declarar el derecho a la pensión de invalidez en aplicación al principio de la condición más beneficiosa, por cuanto en su jurisprudencia, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha sentado que la aplicación del principio de la condición más beneficiosa tiene un campo de aplicación restrictivo, por lo que la Corporación limita sus efectos solamente a la norma derogada inmediatamente anterior y al cumplimientos de parámetros estrictos. Para el efecto ver la sentencia **CSJ SL4650 de 2017**, en la que se determinó que el principio de la condición más beneficiosa:

> "[...] es un mecanismo que: (i) busca minimizar la rigurosidad propia del principio de la aplicación general e inmediata de la ley; (ii) protege a un grupo poblacional con expectativa legítima, no con derecho adquirido, que goza de una situación jurídica concreta, cual es, la satisfacción de las semanas mínimas que exige la reglamentación derogada para acceder a la prestación que cubre la contingencia de la invalidez; y (iii) al ser excepcional, su aplicación, necesariamente, es restringida y temporal. Procede cuando se predica la aplicación del régimen inmediatamente anterior al vigente al momento del deceso del causante o de la estructuración de la invalidez según corresponda, el juez no puede hacer un ejercicio histórico sobre normas que regulan la materia."

De acuerdo con lo anterior, en la aplicación restringida y temporal, inherente al carácter excepcional del principio de la condición más beneficiosa como protector de expectativas legítimas, se concretan dos condiciones o limitantes a la posibilidad de acudir a regímenes anteriores;

la primera, como se ha esbozado, es que solamente puede consultarse la regulación inmediatamente anterior a la vigente al momento de la estructuración de la invalidez, y la segunda, es que ello únicamente puede hacerse dentro de un plazo determinado. De no ser así, se desfiguraría la finalidad del principio al amparar cualquier clase de expectativas, aún cuando éstas no sean legítimas, y se petrificaría desproporcionadamente un régimen expresamente derogado, en franco desconocimiento de la libertad regulatoria que le asiste al legislador y de la sostenibilidad financiera del sistema, como garantía superior de los afiliados, de la que depende la estabilidad institucional y normativa que se procura amparar.

Conteste con los anteriores postulados, en la **sentencia CSJ SL 2358 de 2017**, el órgano de unificación jurisprudencial de ésta especialidad, precisó las reglas para la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, señalando que:

> "(...)
>
> Entonces, algo debe quedar muy claro. Solo es posible que la Ley 860 de 2003 difiera sus efectos jurídicos hasta el 26 de diciembre de 2006, exclusivamente para las personas con una expectativa legítima. Con estribo en ello se garantiza y protege, de forma interina pero suficiente, la cobertura al sistema general de seguridad social frente a la contingencia de la invalidez, bajo la égida de la condición más beneficiosa. Después de allí no sería viable su aplicación, pues este principio no puede convertirse en un obstáculo de cambio normativo y de adecuación de los preceptos a una realidad social y económica diferente, toda vez que es de la esencia del sistema el ser dinámico, jamás estático. Expresado en otro giro, durante dicho periodo (26 de diciembre de 2003 – 26 de diciembre de 2006), el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos con venero en el principio de la condición más beneficiosa para las personas con expectativa legítima, ulterior a ese día opera, en estrictez, el relevo normativo y cesan los efectos de este postulado constitucional.

> No puede la Corte pasar por alto que esta franja de tres años, a más de tornarse razonable y proporcional favorece, a quienes tenían dicha situación concreta al momento del tránsito legislativo."

En síntesis, conforme la jurisprudencia de la CSLCSJ las personas que hubieren adquirido la condición de invalidez en vigencia de la Ley 860 de 2003, pueden beneficiarse del principio de la condición más beneficiosa, siempre y cuando esta se haya consolidado a más tardar el 26 de diciembre de 2006, en tal caso, acudiendo a las previsiones de la Ley 100 de 1993, por ser el régimen inmediatamente anterior.

En la sentencia SL2577-2020, la Corte dispuso las siguientes reglas:

> "Recapitulando, se debe conceder la pensión de invalidez, en desarrollo del principio de la condición más beneficiosa, cuando se cumplan los siguientes supuestos:
>
> **3.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo**
>
> a) Que al 26 de diciembre de 2003 el afiliado estuviese cotizando.
> b) Que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 26 de diciembre de 2003.
> c) Que la invalidez se produzca entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006.
> d) Que al momento de la invalidez estuviese cotizando, y
> e) Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes de la invalidez. **(...)** ".

En el particular, se tiene que la invalidez del señor **MARÍN MORALES**, se estructuró el **14 de febrero de 2014** , cuando ya había operado el tránsito legislativo a la Ley 860 de 2003 y habían transcurrido más de diez (10) años desde su entrada en la vigencia, lo cual significa que, el límite temporal fijado jurisprudencialmente para habilitar la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, fue excedido ampliamente y por lo mismo, improcedente resulta aplicarlo al caso concreto.

Por las razones expuestas se **REVOCARÁ** la sentencia y, en su lugar, se dispondrá, ABSOLVER a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

IV. COSTAS

No se impondrán costas en las instancias a cargo de la parte actora, por estar representado por apoderada de la Defensoría del Pueblo.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia impugnada. En su lugar, se ABSUELVE a COLFONDOS S.A. y a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., de los pedimentos incoadas en su contra.

SEGUNDO. - Sin costas en ambas instancias.

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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A., así como estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de julio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que ANA **GLADYS CASTRO BACCA** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS.

En lo que aquí concierne, con la demanda la actora pretende se declare la *"nulidad"* del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al

de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Porvenir S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que la **A.F.P. PORVENIR S.A.,**. restituya todos los valores que hubiere recibido y que Colpensiones tenga entre sus afiliados sin solución de continuidad a la demandante.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 50 a 55), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, y declaratoria de otras excepciones.

Expuso que no está acreditado ningún vicio del consentimiento para tener por nula la afiliación realizada por la actora con Porvenir S.A.; que la actora confesó en su demanda que se afilió a la **A.F.P. PORVENIR S.A.,.**, lo que evidencia la plena la voluntad de trasladarse de régimen pensional, más aún cuando estuvo realizando aportes a tal régimen durante más de 15 años; que cualquier declaración de nulidad se encuentra actualmente prescrita, dado que se tenía un plazo máximo de cuatro años para solicitar la rescisión del contrato de afiliación según el artículo 1750 del C.C.; y que era obligación de la accionante preguntar acerca de su futuro pensional e informarse antes de tomar cualquier determinación; que el desconocimiento de la ley no es excusa para alegar una nulidad de un acto de afiliación.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (fls. 107 a 127), de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

Expuso que el cambio de régimen se hizo de forma libre, espontánea, y completamente informada, pues la actora recibió información suficiente y veraz para entender las condiciones y características del R.A.I.S., lo que quedó plasmado en el formulario de afiliación; que la suscripción de un formulario de afiliación no puede ser tomado como un mero requisito formal, pues corresponde a una exigencia legal.

Dijo que si bien existía una obligación legal de suministrar información, esta era necesaria, veraz, y suficiente; que no había obligación de brindar información que pudiera llevar inclusive a desincentivar la afiliación ni mucho menos una doble asesoría ni hacer proyecciones pensionales; que la asesoría clara, cierta, comprensible, y oportuna, surgió con el Decreto 2241 de 2010 según Concepto 2017056668 -001 de la Superintendencia Financiera; que el deber de asesoría en información con la expedición de los Decretos 2555 de 2010 y 2071 de 2015, y la Ley 1748 de 2015; y que el deber de conservar documentos escritos sobre las asesorías efectuadas sólo nació con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera.

Explicó que la demandante contaba con plena capacidad legal para efectuar su traslado; que las condiciones académicas, culturales y sociales de la afiliada le daban suficiente idoneidad y capacidad para entender las consecuencias del acto de traslado de régimen pensional; que no toda omisión en el deber de información afecta el consentimiento, debe existir un daño claro, cierto y determinable en el afiliado; que la demandante también tenía el deber de informarse sobre el acto jurídico de traslado de régimen y sus consecuencias; que no haya existido deber de información no es por si solo suficiente para declarar la ineficacia de un traslado, pues deber analizarse la incidencia que tenga en la conformación del acto y la posibilidad de que sea corregido y saneado por las partes; que la accionante ha demostrado su interés de permanecer en el R.A.I.S., como lo es solicitar la expedición de un carné, actualización de datos, y su bono pensional; que la actora contó con varias oportunidades para devolverse al régimen de prima media pero no lo hizo, aunado a que el Decreto 1161 de 1994 establece el derecho de retracto; que no hay norma legal que establezca la ineficacia de un traslado de régimen de pensiones por ausencia de

información completa al afiliado; y que no existe debilidad negocial del afiliado o posición dominante del fondo al momento de celebrarse el acto de afiliación.

Adujo que sus actuaciones están revestidas de buena fe; y que la accionante no contaba con régimen de transición ni una expectativa legítima de pensión.

Concluyó expresando que, la prescripción máxima sería de cuatro años para solicitar la recisión o nulidad del contrato, conforme al artículo 1750 del C.C.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 24 de julio de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

> **PRIMERO. - DECLARAR NULO** el traslado efectuado por la actora, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia, se ordena a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos.
>
> **SEGUNDO. - CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A., a pagar con su propio peculio, la disminución en el capital de financiación de la pensión o los gastos de administración, conforme al tiempo de que permaneció afiliado el actor este fondo.
>
> **TERCERO. - CONDENAR** a COLPENSIONES a volver a afiliar a la demandante al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a PORVENIR S.A.
>
> **CUARTO. - CONDENAR EN COSTAS** a PORVENIR S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de $500.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de COLPENSIONES.
> **QUINTO. - ABSOLVER** a COLPENSIONES, de las demás pretensiones incoadas en su contra, en los términos señalados en la parte considerativa.

En síntesis, refirió que conforme a los lineamientos fijados por la Corte Suprema es necesario acreditar por parte del fondo privado que cumplió con

su deber de información, dando a conocer las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, brindando una información completa y comprensible, de tal manera que exista una ilustración suficiente que inclusive lleve a desincentivar al interesado de afiliarse al fondo privado; que la simple suscripción del formulario de afiliación es insuficiente para tener por demostrado el deber de información; que la Superintendencia Financiera para la época del traslado de la accionante no efectuaba un control estricto de las afiliaciones de los trabajadores; y que del acervo probatorio no se puede concluir que el accionante hubiera tomado una decisión informada para efectos de trasladarse de régimen pensional.

Dijo que pese a que la demandante tiene estudios en dos profesiones, no se encuentra que Porvenir S.A. hubiese acreditado la carga que le correspondía de demostrar que cumplió con el deber de información; y que de la comparación de las proyecciones pensionales efectuadas, se puede establecer el perjuicio que se le causa a la demandante como consecuencia de su traslado, al ser su mesada pensional ostensiblemente menor en el fondo privado en contraste con lo que le hubiera correspondido en Colpensiones.

Concluyó advirtiendo que al declararse la ineficacia del traslado las cosas retornan a su estado original, por lo que debe Porvenir S.A. devolver todo lo que recibieron, incluyendo los gastos de administración, y a Colpensiones a recibir los anteriores valores.

4. RECURSO DE APELACIÓN.

COLPENSIONES.

Indicó que se basa la decisión en la aplicación del artículo 1604 del C.C., empero se desconocen normas del mismo estatuto que establecen correlativamente obligaciones de la demandante, pues se está frente a un contrato que se celebra teniendo en cuenta un acuerdo de voluntades y que tiene ciertas características, tales como que se es solemne, libre y voluntaria, y es bilateral; y que la demandante ha guardado silencio, lo que genera la aceptación tácita del acto.

Agregó que no todos los afiliados pueden ser considerados incapaces o inexpertos para tomar decisiones, pues existen actividades que dan cuenta de un verdadero entendimiento de parte del afiliado y del compromiso serio de permanecer afiliado al fondo privado, actos tales como, solicitar información de datos, actualizar datos, asignar y cambiar claves; y que la actora solicitó un carné y la devolución de su bono pensional a efectos de que le tuvieran en cuenta unas semanas de cotización.

Señaló que la ineficacia del traslado afectaría los derechos de las personas que han venido consolidando su derecho prestacional en el régimen de prima media; y que Colpensiones no tiene dentro de sus arcas una proyección que le permita establecer cuáles serían las posibles mesadas pensionales que tendría derecho la demandante.

Finalmente, dijo que la demandante no es una afiliada lega, pues ha trabajado durante años en el sector público.

PORVENIR S.A.

Expuso que se debe tener presente la omisión de la accionante no solicitar información respecto del acto jurídico de su afiliación, y de no peticionar asesorías a Colpensiones; que los afiliados tienen la obligación de informarse sobre los actos jurídicos que están realizando, como lo es que el I.S.S. se iba a acabar, pues quedarse con sólo eso, demuestra el actuar negligente y desinteresado de la actora sobre su futuro pensional; y que la actora debía actuar con mediana diligencia.

Adujo que la actora no era una afiliada lega por todos sus estudios y demás; y que las consecuencias de la nulidad e ineficacia son diferentes.

En último término, explicó que la condena por gastos de administración no es procedente, dado que estos tienen una destinación específica, de tal suerte que tales sumas ya fueron invertidas en la forma que lo establece la ley.

5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 22 de febrero de 2021, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

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

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, 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 C.P.T. y de la S.S., 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

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si 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.

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 H. 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 H. 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, y los alcances de la ineficacia, 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 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	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los 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 3°, 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° 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 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".

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 explícita 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) 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."

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al

régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

> *"3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?*
>
> *Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.*
>
> *Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.*
>
> *Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.*
>
> *Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...)".*

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**, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: i) La activa se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del Instituto de Seguros Sociales pues desde el 26 de julio de 1990, según historia laboral obrante a folios 56 a 58; ii) que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la Porvenir S.A. el día 18 de agosto de 1998 (fl.126); y iii) que solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el día 11 de mayo de 2018 (fl. 15), pero le fue negada tal posibilidad por Colpensiones (medio óptico-fl. 63).

A folio 126 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 18 de agosto de 2018 con Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó de forma 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 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 la correspondiente AFP en la libertad de usar cualquier otro

[1] SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

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; omisión que no puede suplirse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, pues ésta se limitó a exponer que el asesor de Porvenir S.A. le dijo que el monto de la pensión era igual en todos los fondos, que la edad disminuía en el régimen de ahorro individual, y que el I.S.S. se iba a acabar, información que a juicio de la Sala es muy precaria, y de la que no es viable derivar una confesión, con consecuencias adversas para la declarante ni, mucho menos, que respalde los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime teniendo en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Del mismo modo, es menester señalar que las pruebas son insuficientes para establecer que la demandante no era una afiliada lega, pues si bien no se desconoce que en su interrogatorio de parte manifestó que tenía dos profesiones (Economista y Administradora Pública), dichos estudios por sí solos no demuestran que la accionante tuviera conocimiento de las características de los regímenes pensionales, pues al ser indagada acerca de su funcionamiento, dijo que confió en lo que el asesor le informó, y que descuidó su situación pensional. Asimismo, del documento obrante a folios 140 a través del cual la actora solicita un carné por parte **A.F.P. PORVENIR S.A.,** no refleja que tuviera conocimiento del funcionamiento del régimen de ahorro individual, a lo que se suma que no obra documento en el que se establezca que la accionante elevó solicitud para la emisión de bonos pensionales, sino únicamente respuestas en referencia al tema por parte del mismo fondo privado (fls. 133 y 136 a 139), en las cuales se pone de presente el interés de la accionante de contar con la totalidad de sus aportes, todo lo cual no evidencia su interés de permanecer en el fondo privado ni implica que conocía cómo se iba a reconocer su prestación pensional a futuro.

En cuanto 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, la aplicación de dicho principio del derecho no descarta la

obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información clara, cierta y oportuna 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 del actor al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

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 citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

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

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

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

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro 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."

Por las razones anteriormente expuestas la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo al declarar la ineficacia del acto de traslado de Ana Gladys Castro Bacca del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por otra parte, y como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de traslado, resulta consecuente ordenar el reconocimiento y pago de la totalidad de los rubros que recibió la AFP, tales como aportes, rendimientos, **gastos de administración**. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la

H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, 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 por parte de la **A.F.P. PORVENIR S.A.,**., ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

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

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

Por lo anterior, no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica

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

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal 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 improcedente 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"*.

Por lo brevemente expuesto se confirmará la sentencia.

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 de origen y fecha conocidos, conforme las motivaciones expuestas en la parte motiva de esta 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

26

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Sustanciadora

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por las apoderados de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como se estudia en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **GENY BECHARA BRAVO** promoviese contra **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**.

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de PORVENIR S.A. Como consecuencia de ello, solicita que Porvenir S.A.

traslade todos los aportes que hubiere recibido como producto de la afiliación junto con sus rendimientos, sin que exista descuento alguno por concepto de gastos de administración.

Subsidiariamente, solicita que PORVENIR S.A. asuma la diferencia de la mesada que a dejaría de recibir en comparación con el régimen de prima media con prestación definida, a la fecha de pensionarse.

Como fundamento de sus pretensiones argumenta la presunta falta de información a la demandante por parte de la AFP Porvenir S.A, al momento de efectuarse el correspondiente traslado.

2. ACTUACIÓN PROCESAL.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES (fls. 105 a 115) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación, y la innominada y genérica.

Adujo que conforme a la sentencia SU-130 de 2013 para retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo se requiere tener un tiempo mínimo de 15 años de cotización al 1 de abril de 1994, así como ser beneficiario del régimen de transición.

Dijo que estaba en cabeza de la demandante informarse sobre las consecuencias de su traslado, no siendo posible por ello, alegar error contrata el acto celebrado, dado que al estarse sobre un punto de derecho no podría entenderse que vicia el consentimiento.

Explicó que la afiliación de la accionante fue de manera voluntaria, libre y espontánea, según quedó constancia en el formulario de afiliación.

En último término, señaló que cualquier declaración de nulidad estaría actualmente prescrita, puesto que los artículos 151 del C.P.T. y de la S.S. y 488 del C.S.T. establecen un término de tres años para solicitar acreencias laborales.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (fls. 143 a 157), de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, y buena fe.

Expresó que está en cabeza de los ciudadanos conocer las leyes, puesto que no es excusa su desconocimiento; y que era la demandante la más interesada en conocer las consecuencias de su traslado.

Expuso que el Decreto 692 de 1994 establece que las personas que cumplieran los requisitos para afilarse al régimen de ahorro individual no pueden ser rechazadas por las administradoras de fondos privados, de manera que el deber de informar ventajas y desventajas de los regímenes pensionales encuentra una barrera legal, esto es, el deber legal de afiliar por parte del fondo de pensiones.

Manifestó que sólo las personas con régimen de transición y 15 años de servicios al 1 de abril de 1994 son las que pueden trasladarse de régimen pensional en cualquier tiempo.

Indicó que para la época de traslado de la actora no existía norma alguna en relación con la naturaleza de la información que se debía otorgar por parte de las administradoras de pensiones; que el Decreto 663 de 1993 se refiere a las entidades fiduciarias y de crédito, por demás que la información que brindan los fondos privados se encuentra en el ordenamiento legal; que la obligación de otorgar información de manera clara, cierta, comprensible, oportuna, nació con el Decreto 2241 de 2010 según lo dispuso la Superintendencia Financiera mediante concepto 2017056668-01 del 12 de junio de 2017; y que fue hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, del Decreto 2071 de 2015 y de la Ley 1748 de 2015,

que las administradoras de fondos de pensiones adquirieron la obligación de asesoría y de información.

Finalmente, adujo que no se evidencia objeto o causa ilícita, así como tampoco incapacidad absoluta o la omisión de algún requisito o formalidad propio del acto de afiliación, para considerar que exista nulidad absoluta; que la única nulidad relativa que se podría alegar es la atinente a la existencia de un vicio del consentimiento, pues la lesión enorme se puede alegar en casos de compraventa, y no existe prueba de incapacidad relativa de la demandante al momento de suscribir el formulario de afiliación; que no se evidencia un error de hecho, en la medida que la accionante era consciente de su traslado de régimen pensional y posterior a su traslado, realizó cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones; que el error de derecho no vicia el consentimiento; que no existe prueba de la que se pueda establecer dolo por parte de la entidad para lograr el traslado de la actora, más aún cuando el funcionamiento de los regímenes pensionales está contemplado en el ordenamiento jurídico.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 2 de septiembre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

> **PRIMERO. - DECLARAR LA INEFICACIA** del acto jurídico de traslado efectuado por la actora al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por AFP PORVENIR S.A., y como consecuencia de ello, se ordena a esta entidad trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.
> **SEGUNDO. - CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la demandante por los gastos de administración.
>
> **TERCERO. - CONDENAR** a– COLPENSIONES a volver a afiliar a la actora al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la sociedad administradora de pensiones y

72

cesantías PORVENIR S.A.

CUARTO. - CONDENAR EN COSTAS a PORVENIR S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de $3'000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión refirió, en síntesis, que la accionante se afilió el 21 de julio de 2010 a la AFP PORVENIR S.A.; que el 25 de junio de 2010 su empleador, Ecofertil S.A. solicitó la anulación de la afiliación de la accionante; que el 22 de julio de 2010 la actora elevó petición, solicitando la anulación de su vinculación al fondo privado; que PORVENIR S.A. dio respuesta al empleador señalando que la accionante debió ejercer el derecho de retracto dentro de los cinco días hábiles siguientes a su afiliación; y que Porvenir S.A. dio respuesta la demandante, señalándole que gozaba del derecho de retracto, pero que resultaba extemporáneo.

Afirmó que, no existen pruebas que permitan establecer que PORVENIR S.A. hizo un estudio de fondo de la situación de la demandante; que el retracto ejercido por la demandante a través de su empleador era válido, más aún cuando existe una solicitud elevada por ella misma solicitando que se remitiera tal comunicación; que si la actora no ejerció su derecho de retracto directamente fue porque el propio fondo no contestó en el término de cinco días; y que existe una ineficacia de traslado en los términos de la Corte Suprema de Justicia, ya que hubo falta de información por parte del asesor para que efectuara su traslado, por demás que la actitud del fondo privado también fue completamente negligente al obviar el derecho de retracto del que gozaba la actora.

Concluyó indicando que PORVENIR S.A. debe trasladar la totalidad de sumas recibidas como consecuencia de la afiliación de la demandante, sin que pueda descontar gastos de administración; y que Colpensiones debe recibir a la accionante con sus correspondientes aportes.

4. APELACIÓN DE LA SENTENCIA

COLPENSIONES adujo que la demandante conocía las consecuencias de su traslado, de manera que si lo que se pretendía era alegar la nulidad tal migración, conforme al artículo 1750 del C.C. el plazo para pedir la rescisión es de cuatro años.

Expuso que aceptar el traslado de la actora contribuiría con la descapitalización del sistema pensional, por demás que en sentencia C-1024 de 2004, SU-062 de 2010, y SU-130 de 2013, establecen que nadie puede resultar pensionado a costa de los aportes realizados por otros al sistema.

Finalmente dijo que todo estudio en relación con la afiliación debe realizarse de conformidad con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** señaló que existe prescripción en lo que tiene que ver con el derecho de retracto, dado que no se demandó dentro de los términos que establece la normativa procesal laboral; que el derecho de retracto no se ejerció en la oportunidad de forma clara por parte de la accionante, por demás que ella no hizo la verificación de todo lo que se consignaba en el formulario de afiliación; que no está acreditado que a la actora se le cercenó la posibilidad de hacer la verificación de su formulario de afiliación.

Explicó que los gastos de administración y los pagos por seguros previsionales fueron apropiados, pues gracias a ellos se lograron rendimientos pensionales y se logró la cobertura de los seguros de invalidez y muerte, lo que también ha sido reconocido por la Superintendencia Financiera en Concepto 17 de enero de 2020.

Finalmente, manifestó que no es dable imponer costas, ya que la oposición de Porvenir S.A. no fue caprichosa, al evidenciarse la existencia del fenómeno prescriptivo.

5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 13 de octubre de 2020, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y S.S., 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 C.P.T. y S.S., 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 que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no 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.

De la 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 H. 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 H. 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).

24

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, y los alcances de la ineficacia, 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 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	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los 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 3° 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 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".

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). Sobre la etapa de información, asesoría y buen consejo. Frente al **deber de información**, el literal c) del artículo 3° de la Ley 1328 de 2009 dispone:

> ***"Artículo 3°.*** *Principios. Se establecen como principios orientadores que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, los siguientes:*
>
> *(...)* ***c) Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.*** *Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas.*

En igual sentido, el artículo 48 ejusdem establece:

> ***"Artículo 48.*** *Modifícase los literales c) y, d) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, los cuales quedarán así:*
>
> *c) Los afiliados al sistema podrán escoger y trasladarse libremente entre entidades administradoras y entre los Fondos de Pensiones gestionados por ellas según la regulación aplicable para el efecto, así como seleccionar la aseguradora con la cual contraten las rentas o pensiones.*
>
> *En todo caso, dentro del esquema de multifondos, el Gobierno Nacional definirá unas reglas de asignación al fondo moderado o conservador, para aquellos afiliados que no escojan el fondo de pensiones dentro de los tiempos definidos por las normas respectivas, reglas de asignación que tendrán en cuenta la edad y el género del afiliado.*

Así mismo, ***la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo*** *(...)".*

Así mismo, el Decreto 2241 de 2010 incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.° los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

"1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones ***deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión.*** *En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.*

2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público ***información cierta, suficiente, clara y oportuna*** *que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.*

3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias ***deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros,*** *las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus*

entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia".

En cuanto a lo segundo, esto es, el **deber de asesoría** y buen consejo, el artículo 3.° elevó a categoría de derecho del usuario el de *"recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos»* y *«exigir la debida diligencia,* ***asesoría*** *e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras"* (art. 3). Asimismo, en el artículo 5.°, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y *"con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención,* ***asesoría*** *e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable2.*

El deber de **buen consejo** fue consagrado en el artículo 7.° de ese reglamento en los siguientes términos:

"Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el ***deber del buen consejo****, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.*

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto".

Conforme a lo anterior, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1688-2019, señaló:

> *"en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora".*

c) 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".

d) 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 explícita 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.

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.

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida. En ese sentido, precisó el máximo tribunal:

> *"3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?*
>
> *Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.*
> *Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora*

privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.

Luego, ***lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.***

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...)".

EL CASO CONCRETO

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** la activa registra cotizaciones al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del entonces I.S.S., desde el día **09 de septiembre de 1992** (fls.22 a 29); **ii)** que el **21 de junio de 2010** la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la A.F.P. Porvenir S.A (fl. 30); **iii)** que la actora el 23 de junio de 2010 solicitó a su empleador Ecofertil S.A. que elevara petición a la A.F.P. PORVENIR S.A. para que se revocara su acto de afiliación, dado que al día siguiente de su traslado, se percató que el asesor del fondo marcó por error la casilla de afiliación a pensión, cuando su intención únicamente era cambiar de fondo de cesantías (fl.31); **iv)** que el 25 de junio de 2010 Ecofertil S.A. con ocasión a lo señalado por su trabajadora elevó manifestación al fondo privado para que se anulara la afiliación de su trabajadora (fl.32); **v)** El 22 de julio de 2010, la accionante a nombre propio solicitó la anulación de su afiliación ante PORVENIR S.A. (fl.33); **vi)** El 8 de julio de 2010 PORVENIR S.A. negó la solicitud elevada por el empleador de la trabajadora, indicando que era ésta quien debía ejercer el derecho de retracto (fl.34); **vii)** El **02 de agosto de 2010** PORVENIR S.A. negó la solicitud de la actora, aduciendo que ya había transcurrido el tiempo para ejercer el derecho de

retracto (fl.35) y manifestó que no había nada que hacer; finalmente, **viii)** La demandante solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el día 17 de octubre de 2013, pero le fue negada la posibilidad por las demandadas (fls. 37 a 42).

Pues bien, a folio 30 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 21 de junio de 2010 con la AFP PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que los datos proporcionados en la solicitud eran verdaderos, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado toda la información oportuna y veraz, en los términos expuestos 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].

Aunado a ello, y por la **etapa que se encontraba la accionante al tiempo del traslado -año 2010-, esto es, la del deber de información, asesoría y buen consejo**, era necesario que la administradora de pensiones hiciera un análisis previo, calificado y global de los antecedentes de la afiliada y de sus pormenores pensionales, a fin de que el asesor o promotor emitiera un consejo, sugerencia o recomendación a la actora acerca de lo que más le convenía y lo que podría perjudicarle, de modo que pudiera conocer con exactitud la lógica de ambos sistemas con sus características, ventajas y desventajas, en perspectiva de su caso concreto, para así adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

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, para acreditar el cumplimiento del deber de información, asesoría, y buen consejo, la AFP PORVENIR S.A. tenía la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, asesoría, y buen consejo, situación que no aconteció en el caso

[1] SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

bajo estudio, pues del interrogatorio de parte no se puede tener por confesa a la accionante, esto es, de su declaración no se derivaron conclusiones que le perjudicaran y/o que, para el caso, dieran cuenta del cumplimiento del deber de información por parte del fondo demandado, en razón a que únicamente centró su declaración en manifestar que en ningún momento fue su intención la de afiliarse en pensiones ni cambiarse de régimen pensional, que fue un error del asesor del que se percató al día siguiente, que el promotor de la administradora se negó a brindarle colaboración para dejar sin efectos su afiliación, que pidió ayuda a su empleador Ecofertil S.A., que éste elevó petición para que se anulara la afiliación de su trabajadora, que a nombre propio también elevó petición de anulación, y que la administradora de pensiones negó ambas peticiones, manifestaciones que por demás gozan de sustento probatorio documental (fls. 32 a 35).

En cuanto 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.

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, así como hubiese cumplido con el deber de asesoría y buen consejo, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Para la Sala además, tiene sustancial relevancia la conducta de PORVENIR S.A., frente a la petición elevada por el empleador de la demandante - Ecofertil S.A.- para que se anulara la afiliación de la trabajadora tan solo a los cinco días hábiles siguientes a ésta por cuanto bien podía ser entendida como parte del ejercicio en término de retracto de la trabajadora, y en todo caso, de existir alguna duda atinente a la legitimación, pudo solicitar la documental que considerara correspondiente para asegurarse que se contaba con el consentimiento de

la actora Geny Bechara Bravo para efectuar tal actuación a su nombre, no obstante, la A.F.P se negó por todos los medios a estudiar la petición de retracto bien porque no era el empleador el legitimado para hacerlo, bien porque cuando la accionante lo hizo en los términos exigidos por la AFP ya había pasado el término para ello, todo ello en detrimento de los intereses de la afiliada, quien desde el principio anunció que el motivo del retracto era que su intención de afiliación no era a la A.F.P sino al fondo de cesantías de la entidad.

Frente a la consecuencia ineludible de la ineficacia de la afiliación, 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 citada sentencia SL 1688-2019, señaló:

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

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

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

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

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro 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."

Es por ello por lo que, resulta acertada la decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia de traslado.

Frente a la inconformidad de la AFP PORVENIR S.A. respecto de la orden de devolución de cuotas o gastos de administración y seguros previsionales, 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".

De esta manera, es claro que la declaratoria de ineficacia de traslado genera a cargo de la entidad involucrada el deber de reintegrar los correspondientes valores que percibieron como cuotas de administración y comisiones, por lo que, en tal sentido se considera acertada la decisión del Juez de Primera Instancia.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

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

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

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

Por lo anterior, no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia 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".*

Costas

El artículo 365 del CGP establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que al resultar la sentencia totalmente contraria a los intereses de la A.F.P Porvenir S.A., se considera acertado que tal entidad asuma tal carga en primera instancia.

Conforme a lo brevemente expuesto, la sentencia se CONFIRMARÁ en su integridad.

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 de origen y fecha conocidos, conforme las consideraciones vertidas en la parte motivan de esta 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
Adiano Voto!

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de la **parte actora** contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de junio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **MYRIAM HELENA RODRÍGUEZ ROJAS** promoviese contra **IMPORTACIONES EL TRÉBOL S.A.** y **GERMÁN ELÍAS SAAD CHAUVES.**

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende la declaratoria de un contrato de trabajo con la **sociedad IMPORTACIONES EL TRÉBOL**

S.A. a término indefinido del 20 de enero de 2010 al 31 de julio de 2018; que la relación laboral finalizó sin justa causa por parte del empleador; que el último salario de la actora fue de $1'000.000; que no le fueron efectuados los incrementos salariales anuales; que no se le pagaron horas extras por su labor los días sábados; y que **GERMÁN ELÍAS SAAD CHAUVES** es solidariamente responsable en su calidad de socio, frente a las condenas que se impongan. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reintegro a sus labores, la indemnización por despido sin justa causa y la indexación.

Subsidiariamente, solicita la indemnización de 180 días de salarios de que trata la Ley 361 de 1997.

Como fundamento de sus pretensiones narró que: **1)** El 20 de enero de 2010 ingresó a laborar a sociedad **IMPORTACIONES EL TRÉBOL S.A.**. como degustadora; **2)** Pactó un salario mínimo más comisiones; **3)** Desarrollaba actividades al cargo de Supervisora de Ventas; **4)** Sus jefes directos fueron Germán Elías Saad Chauves y Mariela Ortiz, quienes le impartían órdenes; **5)** Laboró en un horario de trabajo de 7:00 AM a 4:30 PM de lunes a viernes y los sábados en horas extras; **6)** El 30 de julio de 2018 fue despedida sin justa causa; y 7) El 18 de junio de 2018 le fue diagnosticada la siguiente patología *"Dolor en miembros inferiores asociado a dilataciones variaciones, prurito, sensación de hipertimia, cuadro de sensación de parentesias en miembros superiores izquierdo, asociado a sensación de pérdida de fuerza y sensación siujetiva (sic) de edema"*.

2. ACTUACIÓN PROCESAL.

IMPORTACIONES EL TRÉBOL S.A. (fls.95 a 111), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó temeridad y mala fe, inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, buena fe, y prescripción.

Expuso que tomó la decisión de terminar la relación laboral, pagando a la trabajadora la correspondiente indemnización por despido sin justa causa.

Indicó que no toda discapacidad está cobijada por la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues únicamente es dable proteger a aquellas personas que presenten una limitación moderada o superior, esto es, que tengan una pérdida de capacidad laboral del 15% o más.

Explicó que en el examen de egreso realizada a la demandante no se encontró enfermedad o patología que afectara el desarrollo de sus actividades laborales como Supervisora de Ventas; que a la actora sólo se le recomendó el uso de gafas y usar medidas profilácticas para mejorar la circulación en sus piernas; y que por las várices que la accionante ha presentado en sus piernas, tan solo ha recibido como recomendación usar medias de compresión.

Indicó que únicamente conoció que la actora padecía de una enfermedad vascular leve con el examen de retiro, el que se realizó el 8 de agosto de 2018; que previa a la terminación del contrato, la accionante no allegó nunca historia clínica, órdenes de servicios médicos y/o autorizaciones prescritas, así como tampoco incapacidades que le permitieran establecer que la trabajadora tenía alguna afección de salud.

Finalmente, expresó que no existe elemento de juicio que permita establecer que el estado de salud de la accionante fue lo que generó su retiro.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 24 de junio de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria.**

En síntesis, el A Quo refirió estar acreditada la existencia de una relación laboral del 20 de enero de 2010 al 31 de julio de 2018, conforme prueba documental (contrato de trabajo, y carta de terminación); y que el vínculo laboral finalizó sin justa causa, pagándose la correspondiente indemnización.

Adujo que se apartaba de la postura de la Corte Suprema de Justicia, según la cual, para que haya lugar a reintegro por estabilidad laboral reforzada, es necesario que se acredite una pérdida de capacidad laboral del 15%, que el empleador conozca de la discapacidad, y que el motivo de la terminación sea la salud del trabajador, por ser más garantista el criterio de la Corte Constitucional; y que ésta Corporación establece que el trabajador que tiene una afectación en su salud tiene derecho a no ser despedido, y por el contrario se debe procurar su reubicación en una área acorde con sus capacidades, habilidades competencias, pues de lo contrario se presume que el despido, su desvinculación, obedece a su incapacidad, debiéndose en todo caso acreditar que el trabajador presentaba una afectación sustancial que no le permitía ejecutar de buena manera sus funciones, el empleador conocía la situación de su trabajador, no existió autorización del Ministerio de Trabajo para despedir, y el empleador no logró desvirtuar la presunción de que el despido es consecuencia de su discapacidad.

Al descender al caso concreto, encontró que con la prueba documental se puede inferir que si bien la accionante presentaba dolencias, no obstante, no se logró establecer que tuviera una afectación sustancial en su salud que le impidiera ejecutar de buena manera sus funciones, pues pese a que aparece acreditado que sufría de problemas vasculares, el médico tratante no efectuó ningún tipo de recomendación ni expidió incapacidad, así como tampoco se evidencia que la accionante sufriera de vasos venosos con signos de trombosis; y que la última incapacidad generada a la actora fue en enero de 2017, por un periodo de un día.

Frente al reconocimiento y pago de horas extras, adujo que para que haya lugar a las mismas es necesario acreditar el tiempo suplementario que se laboró, pues al juez le está vedado efectuar conjeturas o cálculos indeterminados y que lo pactado en el contrato de trabajo fue un tiempo de labor de máximo 48 horas semanales, lo que no se superó de tenerse laborado por parte de la accionante los días sábados.

Expresó que pese a la falta de claridad en torno a que se tenga lo percibido por la trabajadora por concepto de transporte como salario, en el plenario se encuentra demostrado que tal rubro no se pagaba como contraprestación del servicio, sino para remunerar el transporte que la accionante utilizaba para poder cumplir a cabalidad con sus funciones, con ocasión a los desplazamientos que debía efectuar.

En último término, manifestó frente a los incrementos salariales anuales, que es la misma demandante quién establece en su demanda que su salario se vio incrementado anualmente de conformidad con los aumentos efectuados sobre el salario mínimo legal de cada año; que no hay lugar a indemnización por despido sin justa causa al demostrarse el reconocimiento de la correspondiente indemnización; y que al no demostrarse la incapacidad por parte de la trabajadora, no hay lugar a la pretensión subsidiaria, es decir, la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

4. APELACIÓN

PARTE ACTORA.

Dijo que no se encuentra acreditado que el despido de la accionante fue con justa causa, como quiera que no se hizo alusión a ninguna de las causales establecidas en el artículo 62 del C.S.T.

Agregó que está demostrado que la terminación del contrato de trabajo fue sin justa causa y que se liquidó con base en el salario mínimo, y no como lo establece el artículo 153 del C.S.T., además de no tenerse en cuenta para calcular tal sanción, salario, viáticos, y transporte, los que percibía la actora de forma permanente.

Señaló que no se tuvo en cuenta que no se hizo entrega de la dotación, así como tampoco el tiempo de labor, el tipo de contrato que era a término indefinido, los ingresos que tuvo la demandante como Supervisora, así como tampoco las horas extras que trabajó.

Concluyó expresando que aunado a lo anterior, la trabajadora fue despedida en estado de incapacidad.

5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 22 de febrero de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, quienes hicieron uso de la oportunidad procesal para ratificarse en sus posiciones.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., 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 que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si la accionante goza de estabilidad laboral reforzada por encontrarse en estado de debilidad manifiesta por razones de salud al momento en que le fue terminado el vínculo laboral; si a la trabajadora le pagaron en debida forma la indemnización por despido sin justa causa, esto es, con todos los valores constitutivos de salario; si hay lugar al reconocimiento de horas extras; y hay lugar a hacer algún tipo de mención sobre la falta de pago de dotaciones.

DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFESTA POR RAZONES DE SALUD.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, dicha circunstancia se

encuentra estrechamente vinculada a varios mandatos constitucionales, tales como la estabilidad en el empleo; la previsión, rehabilitación e integración social a favor de las personas en condición de discapacidad; el deber de proteger a personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta con miras a que se promueva una igualdad real y efectiva; y el deber de obrar conforme al principio de solidaridad social.

En desarrollo de los citados mandatos constitucionales, el legislador expidió la Ley 361 de 1997, con el fin de adoptar medidas de protección en favor de personas que son desvinculadas laboralmente como consecuencia de patologías, enfermedades o afecciones que pudiera presentar, previéndose entonces, una normatividad sancionatoria contra cualquier acto de discriminación en contra de estos sujetos. Así, el artículo 26 ejusdem consagró la prohibición de terminar el contrato laboral de un trabajador por razón de su limitaciones físicas o mentales, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo, señalando que, además, en caso de incurrirse en tal falta, procede el reconocimiento de una indemnización en favor de quien fuere desvinculado. El citado artículo reza:

> **"ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD.** En ningún caso la limitación <discapacidad><1> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación <discapacidad><1> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada <en situación de discapacidad><1> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad><1>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.
>
> No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad>, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren".

En el examen de constitucionalidad de dicha disposición, mediante Sentencia C-531 de 2000, la H. Corte Constitucional consideró que el pago de una indemnización en favor de los trabajadores que fueron despedidos y que se encontraban en situación de discapacidad o debilidad manifiesta *"presenta un carácter sancionatorio y suplementario pero que no otorga eficacia jurídica al despido o a la terminación del contrato de la persona con limitación, sin previa autorización de la oficina de Trabajo"*. Bajo esa perspectiva, resolvió declarar la exequibilidad, pero bajo el entendido de que *"el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria"*.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, históricamente ha expuesto que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 contiene un régimen especial, dado que su protección va más allá de las garantías que el régimen de seguridad social cubre; que su propósito es proteger los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica; y que se deben reunir tres requisitos para que haya lugar a las sanciones que genera la norma en comento (ineficacia de la terminación del vínculo y la indemnización sancionatoria): **i)** que el trabajador se encuentre con una limitación moderada, severa o profunda; **ii)** que el empleador conozca de ese estado de salud; y, **iii)** que termine la relación laboral *«por razones de su limitación física»*, y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social. Al respecto, en sentencia SL10538-2016, dijo:

> "De acuerdo con la sentencia en precedencia para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: **(i)** que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación "moderada", que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) "severa", mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) "profunda" cuando el grado de minusvalía supera el 50%; **(ii)** que el empleador conozca de dicho estado de

salud; y **(iii)** que termine la relación laboral "por razón de su limitación física" y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social".

Así mismo, la aludida corporación enseñó que el dictamen de una entidad de seguridad social no es prueba solemne para establecer la situación de salud de un trabajador (sentencias del 18 de marzo de 2009, rad. 31062, SL14031-2016, SL6504-2017, SL13452-2017 y SL5523-2018) y en sentencia SL2586-2020 explicó que de permitirse la anterior solemnidad, su exigencia dejaría en estado de indefensión a las personas con discapacidad "*que se encuentran tramitando la calificación o en proceso de rehabilitación, frente a la decisión unilateral del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, antes de que concluya el trámite de calificación de pérdida de la capacidad laboral*".

Del mismo modo, es menester resaltar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 18 de septiembre de 2012, Rad. 41845, expuso que en casos donde la enfermedad sea considerada como "hecho notorio", los sentenciadores gozan de la potestad legal de apreciar libremente las pruebas para formar su convencimiento, de tal manera que lo induzcan a hallar la verdad real y no la simple formal que aparezca en el proceso; providencia que fue reiterada en la citada sentencia SL11411-2017. Al respecto, dijo la H. Corte:

"Dice el artículo 5° de la Ley 361 de 1997: "Las personas con limitación deberán aparecer calificadas como tales en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud, ya sea el régimen contributivo o subsidiado. Para tal efecto las empresas promotoras de salud deberán consignar la existencia de la respectiva limitación en el carné de afiliado, para lo cual solicitarán en el formulario de afiliación la información respectiva y la verificarán a través de diagnóstico médico **en caso de que dicha limitación no sea evidente**. Dicho carné especificará el carácter de persona con limitación y el grado de limitación moderada, severa o profunda de la persona. Servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley".

Por su parte, el artículo 26, ibídem, disponía: "En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible

e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo (...)".

De la lectura de las disposiciones en precedencia, emana palmariamente que para que opere la protección laboral establecida en este último precepto, no es requisito sine quanon que previamente la persona discapacitada tenga el carné o que se haya inscrito en la E.P.S., pues aunque se constituye en un deber, el no cumplirlo o probarlo procesalmente no lleva como consecuencia irrestricta y necesaria la pérdida de la aludida protección. Dicho en breve: el carné o la inscripción en la E.P.S. no son requisitos para que sea válida o para que nazca a la vida jurídica el mencionado amparo, habida cuenta que ello no aflora de los textos normativos. Más aún, cuando en el sub lite, el Tribunal estimó que la limitación del actor **era un hecho notorio**."

Recientemente, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias **SL572-2021, SL1039-2021, y SL711-2021** reiteró la postura general aludida, reafirmando el criterio referido en los siguientes términos:

"En ese orden, la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su invalidez, salvo que medie autorización del Ministerio de la Protección Social, **se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que su discapacidad comienza en el 15% de pérdida de capacidad laboral, cuya acreditación puede darse luego de un análisis integral y conjunto de los diversos medios de prueba,** que permitan concluir el conocimiento del empleador sobre las especiales condiciones de salud de su trabajador al momento del fenecimiento contractual, incluso si existe una calificación de pérdida de capacidad laboral superior al 15%, en vigencia de la relación laboral, pero calificada después de su finalización.

A lo anterior hay que agregar, como se mencionó en líneas precedentes, que efectivamente el Estado ha honrado sus compromisos internacionales ajustando su legislación y ampliando las garantías para dicha población en diversos campos, de lo cual puede mencionarse la Ley Estatutaria 1618 de 2013, que tuvo como propósito *"garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de*

los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad", dando aplicación a la Ley 1346 de 2009, que se itera, incorporó al orden interno la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, y concretamente, en materia del derecho al trabajo, esto es, la posibilidad de acceder en igualdad de oportunidades, equidad e inclusión, alguna forma digna de empleo y formación, en el art. 13 impuso obligaciones principales en el ejecutivo, y secundariamente en el sector privado, para seguir estimulando la vinculación laboral de dichas personas.

Pero ello no significa, que por lo menos, durante el período que estuvo vigente el D. 2463 de 2001, con la incorporación de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hayan quedado derogadas tácitamente las anteriores normas, pues contrario a creer que esos estatutos fueran antagónicos, incompatibles o restrictivos con respecto a las garantías traídas por el convenio internacional, los mismos se ajustan a sus conceptos, con mayor razón, si el literal e) del preámbulo claramente reconoce "*que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás",* es decir, que no se mantiene estático, y depende de un contexto social, por cuanto la discapacidad es un concepto amplio y se integra con criterios tales como barreras actitudinales, comunicativas, físicas, sociales y ambientales, tanto así, que se habla que, **para ser ubicado en esa población, no es cualquier deficiencia, sino aquella que sea física, mental, intelectual o sensorial *a largo plazo,*** y eso sólo es viable establecer con parámetros objetivos y ciertos, que permitan identificar esos rangos, y no queden al arbitrio interpretativo de cualquier persona, pues ello es lo que se venía haciendo con la regulación hasta ese momento vigente". (Negrillas por la Sala).

Finalmente, la máxima autoridad de la justicia ordinaria en su especialidad laboral, a partir de la sentencia **SL1360-2018**, abandonó la doctrina encaminada a establecer *"que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso"*, para señalar que *"el despido de un trabajador en*

estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada", por lo que, en ese entendido, al trabajador le basta demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que por contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa, pues de no hacerlo, el despido se reputará ineficaz; doctrina que reiteró en la sentencia **SL711-2021**, en la que dispuso:

> "En cuanto a la carga de la prueba que cuestionó el recurrente, recuérdese que conforme al actual y reciente criterio de esta Corte, *«el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada»* (CSJ SL1360-2018). En ese orden, le corresponde al actor acreditar la circunstancia de discapacidad en cualquiera de los grados ya mencionados, para que se active la presunción, y al empleador le incumbe entonces, demostrar que no fue por tal razón sino por una causa objetiva, que decidió finalizar el vínculo. Esto como quiera que la prohibición contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es la de despedir al trabajador *por razón de su discapacidad,* por lo que, al contrario, las decisiones motivadas en una razón objetiva no requieren ser autorizadas por la autoridad administrativa laboral, quien prácticamente circunscribe su función, a la autorización de terminación del vínculo contractual cuando verifique que las actividades del trabajador son incompatibles e insuperables con el cargo desempeñado o con otro existente en la empresa, cuya omisión implica la ineficacia del despido y sus respectivas consecuencias sancionatorias legales".

DEL CASO EN CONCRETO

De lo probado en el proceso:

i) Myriam Helena Rodríguez Rojas celebró contrato de trabajo a término indefinido con Importaciones El Trébol S.A., para desempeñar el cargo de Degustadora, a partir del 20 de enero de 2010 (fls. 72 a 75).

ii) A la demandante le fue terminado su contrato de trabajo sin justa causa el 30 de julio de 2018 (fls.33 y 80).

iii) A la accionante le fue reconocida una indemnización por despido sin justa causa junto con la liquidación final de prestaciones sociales (fl.112).

iv) La accionante devengó durante todos los años de su vinculación, salario y un rubro por concepto de subsidio de transporte (fl.115- medio óptico- carpeta denominada en expediente digital "3-Myriam Rodríguez").

v) El último salario de la actora fue la suma de $832.374 (fl.114).

vi) El último cargo desempeñado por la accionante fue el de Supervisora de Ventas (fl.114).

vii) La actora consultó a la especialidad de medicina general de Compensar E.P.S. el 18 de junio de 2018 porque presentaba dolor de miembros inferiores asociado con dilataciones varicosas, prurito y sensación de hipertermia; que el 27 de julio de 2018 asistió a consulta externa de Compensar E.P.S. porque presentaba un cuadro clínico de dilatación de varices con equimosis, prurito, y sensación de hipertermia plantar siendo diagnosticada con un cuadro clínico de "*venas varicosas de los miembros inferiores sin ulcera ni inflamación*"; que el 13 de agosto de 2018 acudió a consulta externa de Compensar E.P.S. porque presentaba "*varices*"; que el 21 de agosto de 2018 acudió a cita médica con Compensar E.P.S. para que le fueran revisados los resultados de sus exámenes diagnosticándose "infección de vías urinarias, no especificado" y "tenosinovitis de estiloides radial (de Quervain)"; y que hasta el 24 de enero de 2019, la actora fue diagnosticada con un "trastorno venoso, no especificado" (fls. 34 a 61).

viii) La última incapacidad informada al empleador por parte de la actora, es del 17 de enero de 2017 y por una enfermedad general (fl.115- medio óptico- carpeta denominada en expediente digital "3-Myriam Rodríguez").

ix) En los exámenes periódicos de salud efectuados a la accionante por parte de la empresa de 2014 a 2017, se determina en los exámenes de 2014 a 2016 que la actora sufría de miopía y astigmatismo bilateral moderado, y en la de 2017, además de lo

anterior que presentaba un problema de varices en las extremidades (fl.115- medio óptico- carpeta denominada en expediente digital "3-Myriam Rodríguez").

x) En el examen de egreso de la trabajadora del 08 de agosto de 2018, no se encontró sospecha de enfermedad laboral, indicándose que presentaba una enfermedad periférica leve y que se le recomendaba medias profilácticas (fl.115- medio óptico- carpeta denominada en expediente digital "3-Myriam Rodríguez").

Pues bien, del análisis de las pruebas recaudadas, se advierte que a la accionante le fue terminado su vínculo laboral sin justa causa, pagándose la correspondiente indemnización, empero no obra una prueba contundente de la que se pueda establecer que esta contaba con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%.

En efecto, del análisis integral y conjunto de los diversos medios de prueba no se logra desprender que la accionante tuviera una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, ya que: i) La historia clínica únicamente da cuenta que la accionante desde el 18 de junio de 2018, empezó a presentar un dolor de miembros inferiores asociado con dilataciones varicosas, prurito y sensación de hipertermia, siendo diagnosticada hasta el 24 de enero de 2019 (posterior a la terminación del vínculo laboral), con un "trastorno venoso, no especificado" ii) La historia clínica da cuenta de una "infección de vías urinarias, no especificado" y "tenosinovitis de estiloides radial (de Quervain)", patologías que no tienen un soporte adicional para establecer que generan en la actora un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%; iii) En el expediente obran ocho incapacidades de la trabajadora, de las cuales la última data del 17 de enero de 2017 como consecuencia de una enfermedad general y en ninguna de las otras se hace mención de várices; iv) De los exámenes periódicos realizados a la actora por parte de su empleador se logra evidenciar que en 2017 se advirtió de las várices en extremidades que presentaba, empero de la misma no es posible establecer a cuánto equivale el porcentaje de pérdida de capacidad laboral; y v) Del examen de egreso

efectuado a la actora el 8 de agosto de 2018 no se encontró sospecha de enfermedad laboral, indicándose que presentaba una enfermedad periférica leve y que se le recomendaban medidas profilácticas.

Por otra parte, rindió **interrogatorio de parte** el representante legal de la empresa demandada, Germán Elías Saad Chauves, empero de su dicho no se logra extraer confesión, ya que expuso que no tenía conocimiento que la actora estuviera en tratamiento médico ni que estuviera incapacitada.

Igualmente, comparecieron a rendir testimonio Mariela Ortiz Sánchez, María Pilar García Pedraza, Diana Lorena Hernández Arévalo, y Nancy María Morales.

Mariela Ortiz Sánchez manifestó que era Directora de Ventas en Importaciones el Trébol; que desde enero de 2008 trabajaba en la empresa; que conocía a la actora como compañera de trabajo porque trabajó en importaciones el Trébol, primero como impulsadora y luego como asesora de ventas; que fue jefe inmediato de la accionante; que el despido de la accionante fue consecuencia de un despido sin justa causa; que la demandante no estuvo incapacitada previo al despido; que las incapacidades de la actora se dieron por cuadros gripales y cuestiones ginecológicas; que no recordaba si la accionante dijo que presentaba dolencias; que no tenía conocimiento de que la ARL o algún medio tratante, hubiera reportado a la compañía algún problema médico que le impidiera a la actora realizar su labor; que la actora nunca le reportó dolencias médicas ni que tuviera un problema de várices grave.

María Pilar García Pedraza adujo que era la Directora Contable de Importaciones El Trébol desde el 26 de junio de 1993; que conoció a la actora el 20 de enero de 2010, y que ella era Supervisora de Ventas; que la demandante fue desvinculada de Importaciones El Trébol el 31 de julio de 2018, sin justa causa; que a la actora se le pagó la indemnización por despido sin justa causa de forma completa; que no tiene conocimiento de que la actora hubiera reportado a la entidad tener alguna situación de salud; que la actora sólo presentó incapacidades por medicina general y

ginecología; que la demandante nunca reportó a la empresa que estaba en tratamiento por venas varices; que la E.P.S. ni a la A.R.L. de la demandante presentaron recomendaciones laborales por algún tratamiento médico que estuviera llevando a cabo; que en los exámenes periódicos ocupacionales se reportó que la accionante era apta; que en el examen de egreso se reportó que la demandante tenía una leve periferia vascular y se le sugería utilizar medias de compresión; y que la empresa cuenta con el sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo.

Diana Lorena Hernández Arévalo expresó que trabajó en Importaciones El Trébol de 2008 a 2018, como impulsadora; que conoció a la actora en 2009 porque también era impulsadora; que no conocía el motivo por el que terminaron el contrato de trabajo de la accionante; que no tiene conocimiento si le pagaron a la demandante la indemnización por despido sin justa causa; que en su conocimiento la actora no tuvo incapacidades; y que no sabía si la demandante tenía registrada una enfermedad en la empresa.

Nancy María Morales dijo que se dedicaba a mercadeo y supervisión de esponjillas en Industrias Fregona; que no tuvo relación laboral con Importaciones El Trébol; que conoció a la actora en 2008, pues ambas laboraban en la parte de mercadeo; que no tenía conocimiento si la actora reportó a su empleador, incapacidad médica; y que el contrato de la demandante terminó de un momento a otro, pero que desconocía el motivo.

Así las cosas, es claro que ninguno de los anteriores testigos da cuenta de una enfermedad o patología de la accionante que se pueda considerar que alcanza el 15% de pérdida de capacidad laboral, por demás que, Diana Lorena Hernández Arévalo y Nancy María Morales, no tuvieron conocimiento de incapacidades o afecciones de salud que pudiere presentar la actora.

Así mismo, no considera la Sala que los padecimientos de la accionante sean de tal envergadura que se pueda establecer que se está frente a un hecho notorio, por el contrario, de las pruebas aludidas presuntamente pareciera que los malestares de la accionante son leves, por

lo que no se considera que hubiese acreditado la carga que le correspondía, esto es, demostrar la discapacidad en cualquiera de los grados mencionados.

Por otro lado, debe resaltarse un aspecto trascendente para absolver de las pretensiones atrás analizadas y es la falta de conocimiento por parte del empleador de una eventual e hipotética disminución de la salud de la trabajadora. En el caso bajo estudio, revisado en minucia el expediente, se concluye que no hay elementos de juicio siquiera incipientes que permitan concluir que el empleador conocía de alguna patología en tratamiento padecida por la trabajadora al momento de la terminación del contrato de trabajo. No hay prueba de restricciones, recomendaciones o reubicaciones efectuadas por las entidades del Sistema de Seguridad Social, luego ante un escenario donde el trabajador está aparentemente sano, no puede hablarse de discriminación en el despido en razón de una disminución o condición física que configure la dicha protección especial de la Ley 361 de 1997. Aunado a lo anterior, tampoco se percibe una enfermedad o condición notoria (enfermedad periférica leve) que obligue a concluir que en todo caso el empleador estaba en la obligación de conocer.

Por tanto, se confirmará la sentencia en cuanto a la pretensión principal relativa al reintegro, así como respecto de la subsidiaria -pago de la indemnización de ley 361 de 1997- por cuanto no se acreditó que la terminación del contrato de trabajo se hubiere producido por causa o con ocasión de alguna discapacidad de la demandante.

DEL SALARIO Y DE LA RELIQUIDACIÓN POR INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA.

Revisado el recurso de alzada se evidencia que la apelante centró su inconformidad en que no se tuvo en cuenta para liquidar la indemnización por despido sin justa causa, los salarios, viáticos y transporte; sin embargo, en la demanda nada se dijo acerca de una reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa, así como tampoco sobre establecer que todo lo que pudo recibir la trabajadora era salario.

En efecto, en la demanda someramente se expresó que se debía declarar que el salario de la accionante era de $1'000.000, y en el hecho 11 se afirmó que devengaba comisiones. En tal sentido, la Sala no tiene competencia para resolver otros asuntos ajenos a lo estrictamente trazado por la demandante al momento de presentar su libelo introductor, en virtud del principio de congruencia. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL440-2014 reiterada en la sentencia SL1379-2021, explicó:

> "Así, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en la violación de los referidos principios de consonancia e incongruencia y en un uso ilegítimo de las facultades *extra* y *ultra petita.*
>
> Para ello, la Sala hará una breve síntesis sobre los rasgos principales de los principios procesales y facultades que convergen en la discusión planteada, para luego resolver las problemáticas propuestas.
>
> **1. Principio de consonancia**
>
> Conforme lo prevé el artículo 66A de la Ley Procesal Laboral, este postulado impone que *«la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación»* (CSJ SL10405-2014).
>
> Ello significa que el juez de segundo grado debe estar sujeto a las materias específicas y debidamente sustentadas en la apelación que se haga contra la decisión primigenia. Bajo esta lógica, el juzgador no tiene competencia para resolver otros aspectos ajenos a la relación jurídico procesal, sino estrictamente aquellos controvertidos por las partes en el recurso vertical.
>
> La Corte ha precisado que con la referida restricción el legislador quiso focalizar la actividad jurisdiccional y materializar el objetivo de simplificación de trámite y celeridad pretendido en la Ley 712 de 2001, por lo que las partes están obligadas a concretar con exactitud los motivos por los que se apartan de la decisión judicial.
> Asimismo, es preciso destacar que mediante sentencia C-968-2003, la Corte Constitucional condicionó la aplicación de la figura de la consonancia en

materia laboral, bajo el entendido de que *«las materias objeto del recurso de apelación incluyen siempre los derechos laborales mínimos irrenunciables del trabajador».*

Conforme lo anterior, la Constitución Política le impone al *ad quem* la obligación de pronunciarse sobre las materias relacionadas con los beneficios mínimos consagrados en las normas laborales, de modo que tales aspectos que de forma implícita estén cobijados en la impugnación, hacen parte de su competencia funcional, siempre y cuando: (i) hayan sido discutidos en el juicio y (ii) estén debidamente probados (CSJ SL2808-2018).

[...] **2. Principio de congruencia**

El principio procesal de congruencia establecido en el entonces vigente artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los litigios del trabajo por autorización expresa del precepto 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, es una expresión del debido proceso y el derecho de defensa, que se manifiesta en la obligación del juez de adecuar la definición del juicio a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes.

Dichas actuaciones limitan la autonomía judicial del juez, quien debe obrar dentro de ese marco trazado por las partes, dado que es lo que edifica la relación jurídica sustancial y procesal de estas en el espacio jurisdiccional.

Ahora, ello no es obstáculo para que el juez, eventualmente pueda interpretar la demanda. De hecho, la Corte ha señalado que *«constituye su deber dado que está en la obligación de referirse "a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales" (art. 55, L. 270/1996), de manera que su decisión involucre las peticiones del escrito inicial en armonía con los hechos que le sirven de fundamento»* (CSJ SL2808-2018).

Y en el ámbito del recurso extraordinario de casación, la Sala ha establecido que si el *ad quem* desborda los límites de la congruencia y decide pretensiones ajenas al debate procesal, puede incurrir en el quebrantamiento de dicho principio y comprometer la legalidad de la sentencia si: (i) la transgresión es relevante; (ii) afecta el derecho de defensa

de alguna de las partes involucradas, y (iii) esto incide o sirve de medio para la infracción de una disposición sustancial -violación medio- (CSJ SL911-2016).

Además, nótese que el juez de segundo grado también está sujeto a las materias específicas y debidamente sustentadas en la apelación que se haga contra la decisión primigenia, en virtud del referido y explicado principio de consonancia.

Así, la Corte tiene adoctrinado que las anteriores directrices procesales hacen parte de la denominada *congruencia externa* del fallo, según la cual *«toda sentencia debe tener plena coincidencia entre lo resuelto, en un juicio o recurso, con la litis planteada por las partes, en la demanda respectiva y en la contestación, sin omitir o introducir aspectos ajenos a la controversia»* (CSJ SL2808-2018).

A su vez, la *congruencia interna «exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutiva. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutiva»* (CSJ SL2808-2018).

Por otra parte, debe destacarse que el principio de congruencia tiene excepciones precisas en el ordenamiento jurídico, como cuando: (i) el juez advierte fraude, colusión o una situación abiertamente ilegal que amerite una intervención excepcionalísima en aras de proteger los derechos fundamentales de las partes, según lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL466-2013); (ii) existen hechos sobrevinientes (CSJ SL3844-2015 y SL2808-2018), y (iii) la posibilidad del juez en materia laboral de decidir por fuera de lo pedido (*extra petita*) o más allá de lo suplicado (*ultra petita*), conforme lo prevé el artículo 50 *ibidem.*"

No obstante lo anterior, aún si en gracia de discusión se admitiera el estudio de tal aspecto, debe advertirse que en el plenario únicamente está acreditado el reconocimiento y pago de un subsidio de transporte, ya que en el medio óptico de folio 115 (carpeta denominada en expediente digital "3-

Myriam Rodríguez"), se avizora en los comprobantes de nómina tal rubro. De igual manera, el aludido subsidio fue objeto de mención en testimonio por Mariela Ortiz Sánchez, María Pilar García Pedraza, y Diana Lorena Hernández Arévalo, quienes expresaron:

Mariela Ortiz Sánchez dijo que a la actora se le hacía un rembolso por transporte mensual; que la compañía tenía una cuota fija de acuerdo con la ruta que realizaba como supervisora de ventas y eso se le consignaba mensualmente; y que desconocía la suma que se pagaba por tal rubro.

María Pilar García Pedraza manifestó que la parte actora no tenía auxilio de transporte; que se le pagaba un reembolso por gastos de transporte por la ruta que debía hacer en cumplimiento de sus funciones; y que el pago por tal rubro era fijo y mensual.

Finalmente, **Diana Lorena Hernández Arévalo** adujo que la empresa pagaba un valor por rodamiento, y que tenía como fin únicamente retribuir lo que gastaba en la labor como supervisora de ventas.

De esta manera, es claro que el subsidio de transporte no se pagaba como contraprestación del servicio que estaba ejecutando la accionante, pues según las testigos aludidas se pagaba con el fin de reconocer a la trabajadora lo que gastaba transportándose por las rutas que debía realizar como supervisora de ventas, por lo que, en tal sentido no se puede tener como salario. Al punto, el artículo 127 del C.S.T. establece que, *"constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, y comisiones".*

En igual sentido, es criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que los acuerdos de exclusión salarial entre las partes son válidos a la luz de lo dispuesto en el artículo 128 del C.S.T., por

lo que para definir los elementos que integran el salario, es necesario tener en cuenta que este concepto no solo incluye la remuneración ordinaria, sino todo aquello que recibe el trabajador en dinero o en especie como **contraprestación directa del servicio**, sin importar la forma o denominación que se adopte, caso en el que se entiende que no deja de ser salario, aun cuando se convenga de esa manera por las partes, sentencias del 10 de julio de 2006, Rad. 27325, 03 de julio de 2013, Rad. 40509, 09 de julio de 2014, Rad. 43696, 02 de agosto de 2017, Rad. 44416, SL-865-2019, y SL4866-2020, entre otras; en la última sentencia citada se dijo:

"En sentencia CSJ SL403-2013, sobre este tipo de acuerdos, la Sala explicó:

«Al margen de que el cargo fue enfocado por la vía indirecta, no está demás reiterar en esta oportunidad, la posición que, de vieja data, viene sosteniendo la jurisprudencia laboral frente a la definición de salario conforme a los artículos 127 y 128 del CST. Conviene traerla a colación en razón a que todavía persisten, por parte de algunos empleadores, prácticas laborales consistentes en que, so pretexto de la facultad otorgada por el citado artículo 128 modificado por el 15 de la Ley 50 de 1990, celebran pactos salariales con los trabajadores con el propósito de restarle el carácter salarial a pagos que por esencia lo son, no obstante que son ineficaces, como sucedió en el sublite.»

Y más recientemente, en sentencia CSJ SL1798-2018, sostuvo:

«[E]s necesario subrayar que la facultad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no permite despojar de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa directa es el servicio prestado, pues como lo ha sostenido esta Corporación, «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ 39475, 13 jun. 2012).

Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas

> (...) De manera que si emerge la duda sobre los pagos que hacen parte del pacto de exclusión salarial, como se explicó en la sentencia CSJ SL1798-2018, tal situación se resuelve en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos, el estipendio económico es retributivo del servicio, y por lo tanto, con incidencia prestacional".

HORAS EXTRAS

Al respecto, encuentra la Sala que se pactó en la cláusula quinta del contrato de trabajo que "El trabajador se obliga a trabajar la jornada máxima legal, salvo estipulación expresa y escrita en contrario" (fl.72).

Ahora bien, el artículo 161 del C.S.T. establece:

> **"ARTICULO 161. DURACION.** <Artículo modificado por el artículo 20 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana (...)"

Dicho lo anterior, se encuentra que en interrogatorio de parte el señor Germán Elías Saad Chauves, este manifestó que el horario de trabajo de la accionante era de 7:00 AM a 4:30 PM con una hora de almuerzo, sin laborar los sábados, por lo que laboraba 42 horas y media a la semana, de manera que no se excedía la jornada máxima legal.

Por otra parte, la prueba para establecer si la demandante laboraba los sábados es precaria, en el expediente no obra prueba documental que de cuenta de tal situación, y los testigos Mariela Ortiz Sánchez, María Pilar García Pedraza, y Nancy María Morales, dijeron que la accionante nunca devengó horas extras y/o que la actora no laboraba los sábados. En cuanto a la testigo Diana Lorena Hernández Arévalo manifestó que la actora laboraba sábados, pero no determinó los días en que lo hizo, recuérdese que según lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en decisiones como las del 15 de julio de 2008, Rad. 31637 y SL3009-2017, tales presupuestos se deben acreditar con tal claridad y precisión que no debe quedar duda alguna de su existencia, es decir, de tal

manera que el juzgador para condenar no tenga que hacer cálculos ni suposiciones sobre el tiempo extra laborado. Sobre el tópico, dijo la H. Corte:

> "No se indicó en la demanda ni se demostró en verdad, qué días efectiva y realmente trabajó el actor al servicio de la empresa demandada, ni los horarios efectivamente trabajados, razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario y complementario, recargos nocturnos, máxime que como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, no es dable suponer el número de horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén".

DOTACIONES

Sobre el punto se reitera que en la demanda someramente se expresó que se debía declarar que el salario de la accionante era de $1'000.000, y en el hecho 11 expresó que devengaba comisiones, sin hacerse alusión alguna a dotaciones. En tal sentido, la Sala no tiene competencia para resolver otros asuntos ajenos a lo estrictamente trazado por la demandante al momento de presentar su libelo introductor, en virtud del principio de congruencia, tal y como quedó expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia SL440-2014 reiterada en la sentencia SL1379-2021.

Ahora bien, y en gracia de discusión, de vieja data, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 22 de abril de 1998, Rad. 10400 anotó:

> "que el patrono que haya negado el suministro en vigencia del vínculo laboral, a su terminación quede automáticamente redimido por el incumplimiento, pues ha de aplicarse la regla general en materia contractual de que el incumplimiento de lo pactado genera el derecho a la indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable y a favor de la afectada".

En sentencia de instancia SL4974-2020, la aludida corporación señaló:

"Se revocará la condena por dotación, en la medida que la misma, al finalizar la prestación de servicios solo puede llegar a darse a título de indemnización de perjuicios";

Así las cosas, era necesario que se acreditara un perjuicio por la presunta falta de suministro de dotaciones, aspecto sobre el cual no se avizora prueba alguna en el plenario, y por el contrario, en su testimonio María Pilar García Pedraza expresó que a la demandante se le entregaban dotaciones, que consistía en camisa, sastre y un bono para los zapatos, en abril, agosto y diciembre; Diana Lorena Hernández Arévalo señaló que a ella le entregaban dotación, dos pantalones, seis camisas y zapatos; y Nancy María Morales, dijo que siempre veía a la actora con un sastre con blusa, y en ocasiones un chaleco o vestido con sastre, de manera que igualmente deviene inviable imponer condena alguna sobre este aspecto.

Por lo brevemente expuesto, se confirmará la sentencia.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de $450.000.00 a cargo de la parte actora.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado de Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de julio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **JENNIFER JHOJANA LEÓN CABRA** promoviese contra **AMERICAS BUSINESS PROCESS SERVICES S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende la declaratoria de un despido indirecto. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de una indemnización por despido sin justa causa, los salarios dejados de pagar a su favor, indemnización moratoria,

sanción por no consignación de las cesantías, sanción por no pago oportuno de intereses a las cesantías, e indexación.

2. HECHOS.

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumenta que: **1)** Laboró con la demandada mediante la modalidad de contrato de trabajo a término indefinido entre el 22 de noviembre de 2007 y el 14 de mayo de 2015; **2)** Desempeñaba el cargo de Agente de retenciones de la E.T.B.; **3)** El último salario que devengó fue la suma de $900.000 ($800.000 básico y $100.000 bonificaciones**); 4)** Ejecutó sus labores de forma personal, atendiendo las instrucciones de su empleador, y cumpliendo horario de trabajo; **5)** Del 1 de marzo de 2013 al 13 de mayo de 2015, permaneció incapacitada por cuanto le fueron diagnosticadas las siguientes patologías: síndrome de túnel del carpo derecho corregido, epicondilitis mixta derecha, bursitis subracromio- subdeltoidea derecha y agenesia del 2 y 3 metacarpiano derecho; **6)** La Junta Regional de Calificación de Invalidez estableció que padecía de una pérdida de capacidad laboral del 23,30%; **7)** El 31 de enero de 2014 recibió una carta de la empresa demandada, en la que se le informaba que debía tramitar personalmente el pago de sus incapacidades; y **8)** A partir de marzo de 2014 le fue suspendido el pago de salarios, por lo que se vio en la necesidad de presentar renuncia el 14 de mayo de 2015.

1. ACTUACIÓN PROCESAL.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

AMERICAS BUSINESS PROCESS SERVICES S.A. (fls. 128 a 142), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó inexistencia de la obligación, prescripción, y compensación.

Expuso que el vínculo laboral existente con Jennifer Jhojana León Cabra lo terminó la accionante, quien presentó carta de renuncia de forma libre y voluntaria.

Dijo que la actora no manifiesta en su carta de renuncia ninguna situación relacionada con el incumplimiento de sus obligaciones laborales, sino de un tercero, pues es la entidad de seguridad social la que tiene a su cargo el reconocimiento de sus incapacidades; y que a su cargo únicamente estaba el pago de los días primero y segundo de incapacidad de la trabajadora conforme al Decreto 2943 de 2013.

Agregó que no ejerció coacción, engaño o influencia alguna para que la actora presentara su carta de renuncia; que el tiempo que la actora perduró incapacitada no se paga salario sino un auxilio monetario por enfermedad; que pagó las incapacidades de la actora del día 1 al 180, haciendo el correspondiente recobro a la entidad promotora de salud; que no se demuestra que la accionante hubiera solicitado el pago de sus incapacidades a partir del día 181; que antes de que se cumpliera el día 120 de incapacidad le correspondía a la E.P.S. emitir concepto de rehabilitación, y remitirlo al fondo de pensiones antes del día 150 de incapacidad; y que si se efectúa el anterior trámite le corresponde al fondo de pensiones pagar las incapacidades del día 181 al día 540, en caso contrario recae en cabeza de la entidad promotora de salud su pago.

Finalmente indicó que gozan de estabilidad laboral reforzada aquellos trabajadores que tengan una pérdida de capacidad laboral superior al 25%; y que no hay lugar a indemnización moratoria, dado que pagó todas las acreencias laborales que se encontraban a su cargo.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 18 de julio de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria.**

En síntesis, refirió que no se encuentra acreditado que la trabajadora renunció por motivos imputables al empleador, ya que las incapacidades que aduce que no fueron pagadas a su favor son las del día 181 al día 540, y estas estaban en cabeza del fondo de pensiones.

Agregó que la Corte Constitucional en sentencia T-161 de 2019 puntualizó que a partir del día 181 no se está frente al pago de un auxilio económico que debe ser asumido por el empleador, sino frente a un subsidio de incapacidad.

Señaló que si bien el Decreto 019 de 2012 establece que el trámite para el reconocimiento de incapacidades recae en cabeza del empleador las entidades promotoras de salud y que no es posible imputarle tal obligación al trabajador, no cobija el escenario cuando se está frente a un fondo de pensiones por sobrepasarse 180 días de incapacidad; que la actora no hizo ninguna gestión para obtener el pago de la prestación ante su fondo de pensiones; y que por lo anterior, no puede endilgarse que le correspondía al empleador reconocer el correspondiente subsidio de incapacidad a favor de su trabajadora.

Finalmente, indicó que se encuentra acreditado el pago de prestaciones sociales, y especialmente que las cesantías se pagaron oportunamente, por lo que no hay lugar a indemnización moratoria ni a sanción por no consignación de las cesantías.

3. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 22 de febrero de 2021, se admitió el grado jurisdiccional de consulta.

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

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas al trabajador, se verificará la sentencia proferida por la juez de primer grado.

III. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si hay lugar a reconocer indemnización por despido indirecto al incurrir el empleador en la falta del pago de incapacidades a favor de la actora, si existen salarios insolutos, y si por lo anterior se debe reconocer indemnización moratoria, sanción por no consignación de las cesantías, y sanción moratoria por la falta de pago de intereses a las cesantías.

DESPIDO INDIRECTO

El despido indirecto o auto despido, es el resultado del comportamiento que de manera consciente y por iniciativa propia hace el trabajador a fin de dar por terminada la relación laboral con fundamento en una justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador; decisión que en cumplimiento del artículo 62 del C.S.T. debe ser puesta en conocimiento del empresario, señalando los hechos o motivos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo con la debida oportunidad a fin de que no quede duda de cuáles son las razones que dieron origen a la finalización de la relación laboral. Así lo dijo la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 26 de junio de 2012, Rad. 44155 reiterada en la SL1082-2020:

> "El despido indirecto o autodespido producto de la determinación del trabajador, que opera respecto de cualquier tipo de contrato de trabajo, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del CST, así se expuso en sentencia CSJ SL14877-2016, rad. 48885, en la que se dijo que: *«El despido indirecto producto de la renuncia del trabajador, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las cuales previstas en el literal B del art. 7° del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST».*
>
> Ahora, para que esa modalidad de despido produzca los efectos indemnizatorios legales, no solo es necesario que tal decisión por iniciativa propia del trabajador obedezca efectivamente a los motivos consignados por

> causas imputables al empleador, previstos en la ley, sino que los mismos también deberán ser comunicados de manera clara y precisa a dicho empleador. Adicionalmente, las razones que justifican esa decisión de terminar el nexo de trabajo, deben ser expuestas por el trabajador con la debida oportunidad, a fin de que no haya lugar a duda acerca de las razones que dieron origen a la ruptura del contrato".

En igual sentido, la misma Corporación ha dicho que el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del empleador debe ser sistemático, sin razones válidas, y debe estar relacionada inescindiblemente con los hechos configurativos de la justa causa invocada; de lo que debe entenderse por sistemático, regular, periódica o continua, que apunte a demostrar que se ha tomado la conducta o el propósito de incumplir; sentencias SL16373-2017 y SL2423-2018.

Ahora bien, en los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de un despido indirecto, y la condena consecuencial de pagar la indemnización por dicha circunstancia establecida en el artículo 64 del C.S.T. modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, la carga de la prueba se invierte de manera que, a la parte actora, además de demostrar la renuncia, le corresponde acreditar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al empleador, sentencias SL14877-2016 y SL16373-2017:

> "El despido indirecto producto de la renuncia del trabajador, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las cuales previstas en el literal B del art. 7° del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST y, aunque si bien en principio se ha señalado que al primero le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso, la carga de la prueba se invierte de manera que, además, le corresponde demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al segundo (fls. 99 a 102).
>
> Así las cosas, en el *sub lite*, se tiene que al actor -al tenor de lo dispuesto en la citada norma legal- le correspondía demostrar además de la renuncia, el *«incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del empleador, de*

sus obligaciones convencionales o legales», que fue precisamente lo que el *ad quem* echó de menos tanto en la carta de despido como en las pruebas que para tal fin aportó Moya Franco".

DEL CASO EN CONCRETO

De lo probado en el proceso:

i) Jennifer Jhojana León Cabra celebró contrato de trabajo a término indefinido con Contact Center Américas S.A. para desempeñar el cargo de Agente Campaña Pqr Reclamos San Martín con fecha de inicio 22 de noviembre de 2007 (fls.10 y 11).

ii) El 31 de enero de 2014, la demandada le comunicó a la accionante que a partir del día 181 de incapacidad le correspondía al fondo de pensiones el pago de sus incapacidades, por lo que el trámite de pago estaba en cabeza de Colfondos S.A. (fls. 12 y 13).

iii) El 10 de abril de 2015 Contact Center Américas S.A. cambió su razón social a Américas Business Process Services S.A. (fls. 22 a 26).

iv) Obra certificación del 2 de marzo de 2015 en el que se establece que a la demandante se le expidieron incapacidades por parte de la EPS COMPENSAR, desde el 3 de enero de 2012 y hasta el 4 de marzo de 2015 (fls. 32 a 35)

v) La demandante fue calificada por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá- Cundinamarca el 30 de enero de 2015 con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del **23.30%** con fecha de estructuración del 26 de marzo de 2014, por las siguientes patologías: Síndrome Túnel del Carpo Derecho Corregido, Epicondilitis Mixta Derecha, Bursitis Subacromio- subdeltoidea derecha, y Agenesia del 2° y 3° Metacarpiano Derecho (fls. 16 a 19).

vi) La actora fue calificada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 1 de octubre de 2015, entidad que confirmó el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y la fecha de

estructuración establecida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá- Cundinamarca (fls. 28 a 31).

vii) El 14 de mayo de 2015 la accionante presentó renuncia en la que adujo el incumplimiento en los pagos de las incapacidades generadas entre 2014 y 2015 (fl.21).

Pues bien, en el análisis de la prueba recaudada, se advierte en primer lugar que, el hecho de *la renuncia* se encuentra probado con la misiva suscrita por la trabajadora el día 14 de mayo de 2015, (folio 21), en la que quedó plasmado que:

> "Por medio de la presente manifiesto mi decisión irrevocable de renunciar de manera voluntaria al puesto de trabajo de agente retenciones ETB debido a los incumplimientos de los pagos de las incapacidades generadas durante el año 2014-2015 los cuales no se generaron por ninguna de las entidades encargadas de este pago, la renuncia es tomada a partir de la presente."

Subsiguientemente procederá la Sala a analizar si la parte actora demostró que los hechos narrados en el escrito de renuncia se probaron y si constituyen justa causa.

Lo primero es rememorar que el Sistema General de Seguridad Social contempla la protección a la que tienen derecho los trabajadores, en aquellos casos en que se enfrentan a la contingencia de un accidente o enfermedad que genere una incapacidad para desarrollar sus actividades laborales y, en consecuencia, la imposibilidad de proveerse sustento a través de un ingreso económico. Dicha protección se materializa a través del pago de las incapacidades laborales, seguros, auxilios, y la pensión de invalidez contemplada en la Ley 100 de 1993, el Decreto 1406 de 1999, el Decreto 1748 de 1995 y el Decreto 692 de 1994, entre otras disposiciones.

Obligaciones del empleador

Las obligaciones especiales del empleador se encuentran consagradas en el artículo 57 del C.S.T., y dentro de ellas se destaca, la que, para los efectos de esta decisión resulta pertinente, que lo es, la señalada en el

numeral 4 ibídem, que establece la obligación de pagar *"la remuneración pactada en las condiciones, períodos y lugares convenidos"*.

En cuanto a la seguridad Social, de conformidad con lo preceptuado por la ley 100 de 1993, y en especial , el decreto 780 de 2016, que compiló lo normado en el Decreto 1406 de 1999, regulador del tema relacionado con los aportes al sistema, el empleador, en calidad de aportante, tiene la obligación del pago total de los aportes al sistema de Seguridad Social Integral durante toda la vigencia del contrato de trabajo, lo que de suyo incluye el tiempo en que el trabajador esté incapacitado (art. 2.2.1.1.1..1 del Decreto 780 de 2016)

De hecho, el propio Decreto reseñado, consagra la responsabilidad del empleador de atender directamente la contingencia, como consecuencia de que no se hubieren efectuado los aportes a los diferentes subsistemas. En efecto, el artículo 3.2.1.9 ibídem, el cual establece los deberes especiales del empleador, dice lo siguiente

> " **Artículo 3.2.1.9 Deberes especiales del empleador.** Las consecuencias derivadas de la omisión de reporte a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes o de errores u omisiones en ésta, que afecten el cubrimiento y operatividad del Sistema de Seguridad Integral o la prestación de los servicios que él contempla con respecto a uno o más de los afiliados, serán responsabilidad exclusiva del aportante. (...)

De las normas anteriormente transcritas se desprende, primero, que es obligación del empleador pagar el salario o remuneración en las fechas pactadas, que también es obligación a su cargo la de pagar los aportes al S.S.S.I., frente a lo ulterior, si omite dicha obligación no se subroga en los riesgos cubiertos por los diferentes sus sistemas y segundo que, incluso, aún en los eventos de incapacidad (por enfermedad general) debe continuar efectuando los aportes al sistema de seguridad social.

Así las cosas, en los eventos en los que, a consecuencia de una enfermedad de origen común o profesional el trabajador se vea incapacitado para prestar personalmente el servicio, los sub sistemas respectivos entran a cubrir la contingencia siempre y cuando el empleador haya cumplido su obligación de efectuar los aportes y en estos casos, lo que recibe el trabajador es un auxilio por incapacidad – *que no salario* – por cuanto por definición legal, el auxilio por incapacidad es una *prestacion económica* reconocida por la EPS o ARL según sea el caso, a sus afiliados no pensionados por todo el tiempo que estén inhabilitados temporalmente para prestar el servicio y en estricto sentido entonces, dicha prestación no tiene la connotación de salario.

Por ello, en principio, no podrá hablarse de incumplimiento de las obligaciones a cargo del empleador cuando este efectuó los aportes a seguridad social y lo que acontece es el incumplimiento de la entidad de seguridad social respectiva en el pago del auxilio económico por incapacidad, interpretación que es la acogida por la h. Corte Constitucional quien en sentencias como la **ST-417 de 2017**, señaló que las incapacidades por enfermedad de origen común, conforme al artículo 227 del C.S.T. y el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 constituyen, o se consideran un *auxilio económico* frente a los primeros 180 días, y un subsidio de incapacidad si es superior a tal periodo.

Ahora bien. Frente al tema relativo a quién debe efectuar el pago de los auxilios por incapacidad, existe normativa clara que indica que el empleador debe cubrir los dos (2) primeros días de la misma (Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013), que entre el día tercero (3) y el ciento ochenta (180), dicha responsabilidad es de la EPS o ARL respectiva (Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013) y que, entre el día 181 y el día 540, la obligación recae en la AFP (Artículo 52 de la Ley 962 de 2005).

El problema se presentaba cuando el afiliado superaba el día 540 de incapacidad, pues existía un vacío legal que acarreaba la existencia de un déficit de protección de las personas que tuvieran concepto favorable de rehabilitación, calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y siguieran siendo incapacitadas por la misma causa más allá de los 540

días, por lo que el Gobierno Nacional, a través de la Ley 1753 de 2015, por medio de la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo para el periodo comprendido entre 2014 y 2018, dio una solución primigenia al déficit, al instaurar la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días en cabeza de las E.P.S., de conformidad con el artículo 67 de la mencionada ley.

Posteriormente el déficit o vacío legal identificado fue solucionado de forma definitiva mediante **el Decreto 1333 de 2018**, *"por el cual se sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, se reglamentan las incapacidades superiores a 540 días y se dictan otras disposiciones "* y en la actualidad, cuando las incapacidades sean superiores a 540 días , su pago corresponde a la EPS o a las EOC (Entidades Obligadas a Compensar) conforme lo establecido en el artículo 2.2.3.3.1 del mencionado decreto.La excepción a la regla anterior, se concreta en el hecho de que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la A.F.P. antes del día 150, por manera que, si después de los 180 días iniciales las E.P.S. no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto; ello, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la E.P.S.

De esta manera, es claro que es en cabeza de las entidades de seguridad social en quien se encuentra el reconocimiento y pago de los auxilios por incapacidad, por lo que para establecer cuál es el rol del empleador en el trámite de tales prestaciones, es necesario remitirse al artículo 121 del Decreto 019 de 2012, que aduce:

> "Artículo 121. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador **ante las entidades promotoras de salud,**

> EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.
>
> Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia".

De la norma transcrita se desprende que, en cabeza del empleador está radicado el deber de adelantar el trámite para el reconocimiento de las incapacidades de uno de sus trabajadores, pero dicha regla concreta sólo aplica frente a las incapacidades concedidas entre el día 3 y 180, es decir frente a los trámites ante la EPS del trabajador, lo que cobra más sentido si se tiene cuenta que a partir del día 181 es por regla general al fondo de pensiones a quien le corresponde el pago de la prestación, criterio acogido y aplicado por la H. Corte Constitucional, quien en sentencia **ST-200 de 2017** dijo:

> *"Respecto a la EPS*
>
> En primera instancia, le asiste la razón a la EPS cuando afirma que es el empleador quien efectivamente debe realizar el pago de las incapacidades, teniendo la oportunidad de cobrarlas a Servicio Occidental de Salud por virtud de lo establecido en el artículo 121 del Decreto Ley 019 del 10 de enero de 2012. **Regla que aplica para las incapacidades concedidas entre el día 3 y 180**, y con lo cual se constata que a cualquier pacto o documento de pago que se haya firmado entre el empleador y el empleado en razón a las incapacidades, no le asiste ninguna validez jurídica". (subrayas y negrillas fuera del texto jurisprudencial)

Las anteriores consideraciones imponen concluir que no incumplió el empleador demandado con alguna de las obligaciones que por ley le incumben frente a su trabajadora, pues pagó los salarios en las fechas acordadas y pagó los aportes al Sistema de Seguridad Social integral y durante los primeros 180 días de incapacidad efectuó los trámites ante la EPS de su trabajadora para efectos del reconocimiento del auxilio por incapacidad, hecho que se ratifica con la declaración de Juan Sebastián Manrique, quien fue enfático en señalar que desde el mes de septiembre de 2013 la actora superó los 181 días de incapacidad, y que pese a ello se

reconoció el valor de la incapacidad inclusive hasta el 9 de febrero de 2014, cesando en tal calenda tal pago por parte del empleador, en consideración a que la entidad promotora de salud informó que sólo hasta el día 180 estaba en su cabeza el pago de incapacidades, y que a partir del día 181 le correspondía su reconocimiento al fondo de pensiones.

Por tanto, se considera acertada la determinación del empleador de poner de presente a la trabajadora a través de la carta del 31 de enero de 2014, que le correspondía al fondo de pensiones asumir el costo de sus incapacidades, entidad que se entiende en ningún momento refutó el pago de tal prestación, ya sea por no haberse efectuado concepto de rehabilitación en el día 120 o ser enviado este antes del día 150, pues conforme al interrogatorio de parte rendido por la accionante, ésta ni siquiera se acercó al fondo de pensiones para obtener el pago de sus correspondientes incapacidades.

Así las cosas, no se considera que la causa alegada por la trabajadora constituya justa causa para dar por terminada la relación laboral y, por ende, que diera lugar al reconocimiento de una indemnización por despido indirecto, por lo que se CONFIRMARÁ la sentencia en este sentido.

SALARIOS INSOLUTOS, INDEMNIZACIÓN MORATORIA DEL ARTÍULO 65 DEL C.S.T., SANCIÓN POR NO CONSGINACIÓN DE LAS CESANTÍAS Y POR NO PAGO DE INTERESES A LAS CESANTÍAS.

Conforme a lo expuesto a lo largo de la providencia se observa que el empleador no incurrió en falta de pago de salarios, pues por el contrario la accionante presenta incapacidades desde marzo de 2013, manifestando en el interrogatorio de parte únicamente su inconformidad frente a las incapacidades que no fueron pagadas a partir de febrero de 2014.

Sin embargo, se reitera que tales pagos al haberse sobrepasado el día 181 de incapacidad, en principio estaban en cabeza del fondo de pensiones, y que para tal fecha el empleador había perdido competencia para adelantar el trámite para lograr el reconocimiento económico a favor de la trabajadora, por manera que se considera que al adeudarse incapacidades, y estar estas

en cabeza de las entidades que integran el sistema de seguridad social, no es dable imponer condena por tal concepto.

Ahora bien, y en lo referente a la indemnización moratoria es menester rememorar que se trata de una sanción que se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador. Al respecto, el inciso 1° del artículo 65 del C.S.T. establece:

> "**Artículo 65. INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO.** <Texto original del inciso 1o. del Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente para los trabajadores que devenguen un (1) salario mínimo mensual vigente o menos:>
>
> 1. Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.(...)"

Sobre el tópico, la máxima corporación de la justicia ordinaria en su especialidad laboral aclaró en las sentencias **SL16884-2016 y SL3071-2018,** que no se puede imponer de manera automática la aplicación de la indemnización moratoria, pues se deben analizar las circunstancias particulares de cada caso; recuérdese que, la indemnización moratoria no opera automática ni inexorablemente, por el contrario, pende de la valoración que el juzgador realice sobre la conducta del empleador renuente, ello fundamentado en el hecho de que no existen reglas absolutas cuando se determina la buena o la mala fe.

De esta manera, se aprecia que cuando se habla de este tipo de sanciones, se configura una excepción a la presunción general de buena fe, en la que es el empleador quien debe acreditarla (sentencias como la del 03 de julio de 2013, **Rad. 40509 y la SL1005-2021**).

En la revisión de la prueba que milita en el plenario se advierte que no se adeudan salarios por parte del empleador, y que éste realizó todas las gestiones necesarias para lograr el reconocimiento de las incapacidades a

favor de la trabajadora, inclusive hasta el 9 de febrero de 2014, fecha en la cual ya se había superado el día 180 de incapacidad, de manera que al no observarse un actuar desprovisto de buena fe, no hay lugar a imponer condena por concepto de indemnización moratoria.

Finalmente, y en lo referente a sanción por no consignación de las cesantías y sanción moratoria por no pago de intereses a las cesantías, establece el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y el numeral 3° del artículo 1° de la Ley 52 de 1975, lo siguiente:

> "Artículo 99
>
> (...) 3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo".
>
> "Artículo 1.
>
> (...) 3°. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados".

Conforme a las normas transcritas, se incurre en sanción moratoria cuando no se pagan las cesantías e intereses a las cesantías de manera oportuna, escenario que no acaeció en el caso objeto de estudio, como quiera que según interrogatorio de parte a la actora le pagaron la totalidad de sus prestaciones sociales, y obra a folios 148, 149, y 158 a 163 constancia de su pago en la liquidación final de prestaciones sociales y ante el fondo de cesantías su pago entre 2012 y 2014.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia que sentencia que se conoce en grado jurisdiccional de consulta por encontrarse ajustada a derecho.

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 de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta 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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los apoderados de Colpensiones y Luz Nelly Valencia Holguín contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **ELVIRA CECILIA LÓPEZ GARZÓN** promoviese contra **COLPENSIONES y LUZ NELLY VALENCIA HOLGUÍN.**

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del causante Orlando Ospina Barrios, a partir del

17 de febrero de 2015, junto con los correspondientes intereses corrientes y de mora. Igualmente, solicita el acrecimiento de la pensión, una vez cese el reconocimiento pensional que se ordenó a favor de Juan Sebastián y Andrés Santiago Ospina Valencia, como consecuencia del fallecimiento de Orlando Ospina Barrios.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta, en síntesis, que: **1)** Convivió en unión marital de hecho con el señor Orlando Ospina Barrios del 05 de enero de 1982 al 17 de febrero de 2015, momento en que falleció este último; **2)** Procreó con el causante dos hijas Diana Milena y Enna Rocío Ospina López; **3)** Convivió con el causante en Bogotá, compartiendo con su familia en paseos y reuniones; **4)** El causante radicaba anualmente una declaración de bienes, en los que aparecía como su cónyuge, para los años 2000 a 2003; 5) Fue quien autorizó la disposición final de los restos del causante ante la Funeraria Los Olivos; **6)** El 15 de abril de 2015 solicitó pensión de sobrevivientes; **7)** El 22 de abril de 2015 solicitó pensión de sobrevivientes la señora Luz Nelly Valencia Holguín en calidad de compañera permanente y madre de Juan Sebastián y Andrés Santiago Ospina Valencia; y 8) Mediante Resolución GNR 246695 de 2015, Colpensiones reconoció pensión de sobrevivientes en cuantía de un 50% a favor de Juan Sebastián y Andrés Santiago Ospina Valencia.

2. ACTUACIÓN PROCESAL.

Notificadas las convocada, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES (fls. 78 a 82), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago de indexación, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción, declaratoria de otras excepciones, y la innominada o genérica.

En su defensa expuso que deberá ser probada la convivencia del 05 de enero de 1982 al 17 de febrero de 2015; y que solo hasta cuando se haga la valoración en conjunto de las pruebas es posible establecer si el derecho

pensional le corresponde a la actora, a Luz Nelly Valencia Holguín, o a ambas.

Por su parte, el **LUZ NELLY VALENCIA HOLGUÍN** contestó a través de Curador Ad Litem, (fls. 159 a 162), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó indebida vinculación al proceso, inexistencia de la obligación, falta de causa en las pretensiones por parte del demandante, prescripción de las acciones, buena fe, y la genérica.

Señaló que atenía a lo que se lograba probar en juicio; que no le constaban los hechos de la demanda.

En último término, expresó que actúa en el proceso como **tercera excluyente,** por lo que el 50% de la prestación causada por Orlando Ospina Barrios debe ser reconocido a su favor, dado que convivieron de forma permanente durante los últimos años de vida del causante y hasta el fallecimiento de éste.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 15 de julio de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria,** en los siguientes términos:

> **PRIMERO. - DECLARAR** que ELVIRA CECILIA LÓPEZ GARZÓN, en su condición de compañera permanente supérstite de ORLANDO OSPINA BARRIOS, le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia con ocasión del deceso del causante.
>
> **SEGUNDO. - ORDENAR** a COLPENSIONES, que le reconozca y pague a ELVIRA CECILIA LÓPEZ GARZÓN, la pensión de sobrevivientes, derivada del fallecimiento de ORLANDO OSPINA BARRIOS, a partir del 17 de febrero de 2015, en un porcentaje equivalente al 50% de la prestación que ya le fue otorgada en un 50% a los hijos menores del causante mediante acto administrativo reseñado en la parte motiva de la presente sentencia.
>
> **TERCERO. - ORDENAR** a COLPENSIONES, que le pague a la demandante, la proporción que se ha definido, a partir del 17 de febrero de 2015, las mesadas

pensionales a que tiene derecho, debidamente indexadas, tomando para el efecto el IPC que certifique el DANE, de acuerdo con la fórmula:

ÍNDICE FINAL
_____ x VALOR HISTÓRICO = VALOR INDEXADO
ÍNDICE INICIAL

Así deberá tomarse como índice inicial la fecha de causación de la respectiva proporción de mesada pensional y como índice final el de la fecha en que se verifique el pago por parte de COLPENSIONES.

CUARTO. - AUTORIZAR a COLPENSIONES, que del retroactivo de la proporción de mesadas pensionales indexadas a que tiene derecho ELVIRA CECILIA LOPEZ GARZON, descuente en el porcentaje que en derecho corresponde, los aportes pertinentes con destino al sistema de seguridad social en salud.

QUINTO. - ABSOLVER a COLPENSIONES, de las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO. - COSTAS. Sin costas en la instancia.

SÉPTIMO. - EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas respecto a las determinaciones adoptadas y se considera relevado del estudio de las planteadas, frente a las absoluciones producidas.

OCTAVO. - DECLARAR que la señora LUZ NELLY VALENCIA HOLGUÍN no acreditó un mejor derecho que la demandante, para acceder al reconocimiento de la prestación de sobrevivientes debatida, ni al derecho en alguna proporción de la prestación.

En síntesis, refirió que se encuentra acreditado que el causante falleció el 17 de febrero de 2015, dejando causados los presupuestos legales para que a sus beneficiarios les fuera reconocida pensión de sobrevivientes según la Resolución GNR 246695 de 2015.

Expuso que según criterio de la Corte Suprema de Justicia, no es dable exigir cinco años de convivencia a quien funge como afiliado, por lo que únicamente se debía acreditar por parte de las interesadas para tener derecho a una pensión de sobrevivientes de forma vitalicia, 30 años de edad o más, y que estuvieron realizando vida marital con el causante hasta su fallecimiento.

Frente a Elvira Cecilia López Garzón afirmó, que de los testigos comparecientes a juicio se puede extraer que tuvo una vida marital con Orlando Ospina Barrios hasta el fallecimiento de éste; que de las declaraciones juramentadas de bienes y rentas, se observa que para los años 2000 a 2003, el causante la reportaba como cónyuge; que fue quien realizó las gestiones pertinentes para las exequias del causante; y que acredita más de 30 años.

Dijo frente a Luz Nelly Valencia Holguín que, de su interrogatorio de parte no se logra establecer que tuviera la condición de compañera permanente, pues no convivió con el causante, que cuando éste iba era a visitar a sus hijos y a cumplir con sus obligaciones económicas, sin mencionar que sostuviera con él una relación afectiva de permanencia y apoyo mutuo, hasta el momento de su muerte.

4. APELACIÓN

LUZ NELLY VALENCIA HOLGUÍN.

Expuso que no se tuvieron en cuenta algunas pruebas que fueron aportadas por la parte demandante, como las declaraciones de Blanca Aidé Pino Rojas y Ana Alí Chanci Llanos, quienes dieron fe de la convivencia y de la relación que tuvieron Luz Nelly Valencia Holguín y Orlando Ospina.

Dijo que del interrogatorio de parte de Luz Nelly Valencia Holguín, se logra extraer las condiciones en que se desarrolló su relación sentimental con Orlando Ospina, pues él ingreso a laborar en 1990 a la Universidad Nacional y desde ahí empezaron a frecuentarse, tuvieron dos hijos, y había una convivencia simultánea con visitas esporádicas, lo que fue corroborado por los testigos, quienes manifestaron tener conocimiento que el accionante no se quedaba en su hogar a pernoctar algunas noches.

Finalmente agregó que, teniendo en cuenta lo dicho, así como las conductas indiciaras de la actora, se debe reconocer la prestación a favor de Luz Nelly Valencia Holguín.

COLPENSIONES

Manifestó que si bien es cierto que Orlando Ospina vivía con Elvira Cecilia López, no aparece acreditado de forma contundente que tuvieran algún tipo de convivencia como pareja, pues la normatividad exige una vocación de permanencia, apoyo mutuo, y vida en pareja, por demás que el causante procreó hijos con la señora Luz Nelly Valencia Holguín.

5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 22 de febrero de 2021, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la actora y Colpensiones, oportunidad en la que ratificaron respectivamente sus argumentos de inconformidad y conformidad con la sentencia.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., 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 C.P.T. y S.S., 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 que los **problemas jurídicos** por resolver se circunscriben a determinar si la señora Elvira Cecilia López Garzón tiene derecho al 50% de la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimiento del

exánime Orlando Ospina Barrios; y si Luz Nelly Valencia Holguín tiene derecho a un porcentaje de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de Orlando Ospina Barrios.

DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Lo primero por precisar es que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias del 02 de marzo de 2007, 29 de noviembre de 2011, 21 de marzo de 2012 y 30 de enero de 2013, Rads. 27593, 40.055, 43.572 y 41024, respectivamente, así como más recientemente en la SL4261-2020.

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor Ospina Barrios –17 de febrero de 2015- la norma que gobierna el asunto bajo estudio es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que indica:

"Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;"

b) (...) Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

> <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente"

Como es sabido, cuando el afiliado o pensionado fallece en vigencia de los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, modificatorios de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, los miembros de su grupo familiar están llamados a beneficiarse de la pensión de sobrevivientes, siempre y cuando se acrediten las condiciones que ambos artículos establecen.

En cuanto a la convivencia, la H. Corte ha explicado que, se presenta entre los miembros de una pareja cuando existe un *"acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia"* (sentencia del 05 de mayo de 2005, rad. 22560 reiterada en la SL605-2021).

En igual sentido, la H. Corte Constitucional en sentencia C-521-2007, sostuvo que la convivencia es *"aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos"*.

Es así entonces, como conforme el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, para efectos de determinar la convivencia y, en específico, para definir quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente, acorde con lo dispuesto en el literal

a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, siendo necesario acreditar la existencia de un vínculo de comunidad de pareja con vocación de permanencia real, efectiva y vigente al momento del óbito del asegurado (CSJ SL4606 -2020).

Adicionalmente en relación al aspecto de la convivencia efectiva, en sentencia **SL1730-2020**, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia rectificó su jurisprudencia, en el sentido de establecer cuál era el verdadero alcance del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, esto es, del régimen de convivencia de cinco años, señalando que la convivencia mínima de cinco años es requerida únicamente cuando la pensión de sobrevivientes se causa por la muerte del **pensionado**, de manera que, para los afiliados *"no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia".*

No obstante lo anterior, posterior a dicho pronunciamiento, la H. Corte Constitucional en sentencia unificadora **SU-149 de 2021** estableció que la interpretación dada por la primera corporación frente a los requisitos de convivencia con el afiliado fallecido, desconocía el principio de igualdad, ya que tal interpretación no guardaba correspondencia con los propósitos de la pensión de sobrevivientes ni con los del requisito de convivencia, aunado a que carecía de una justificación objetiva. Asimismo, señaló la H. Corte Constitucional que tal interpretación desconocía el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, pues reconocía derechos pensionales sin el cumplimiento de los requisitos legales vigentes para el efecto, además de que aumenta el pasivo pensional en un 461% y omitía el criterio de distribución de recursos escasos que es necesario para evitar una afectación desproporcionada a las finanzas del Sistema General de Pensiones.

Por último, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional señaló que el precedente aplicable en la materia era la Sentencia **SU-428 de 2016**

cuya *ratio decidendi* enseña que la compañera permanente supérstite del afiliado que tenga derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, deberá acreditar la convivencia con el causante por lo menos durante cinco años antes de su fallecimiento.

DEL CASO CONCRETO

De lo probado en el proceso

i) Orlando Ospina Barrios falleció el 17 de febrero de 2015, tal y como da cuenta el registro civil de defunción obrante a folio 30.

ii) El causante al momento de su muerte ostentaba la calidad de **afiliado**, ya que falleció cuando aún estaba trabajando y efectuado cotizaciones, según certificación de la Universidad Nacional, formato CLEBP, y se extrae de la Resolución GNR 246695 de 2015 (fls. 50 a 55 y en el medio óptico de folio 97).

iii) Orlando Ospina Barrios y Elvira Cecilia López Garzón procrearon dos hijas, Diana Milena y Enna Rocío Ospina López, quienes nacieron el 17 de junio de 1985 y el 14 de enero de 1995, respectivamente (fls. 19 y 20).

iv) Orlando Ospina Barrios y Luz Nelly Valencia Holguín procrearon dos hijos, Juan Sebastián y Andrés Santiago Ospina, quienes nacieron el 12 de agosto de 2003 (fls. 41 y 42).

v) En la declaración de bienes y rentas de la Universidad Nacional de los años 2000 a 2003, el causante señaló que tenía una sociedad de hecho con Elvira Cecilia López (fls. 22 a 25).

vi) Los gastos funerarios del causante fueron gestionados por Elvira Cecilia López (fls. 36 a 38).

vii) Elvira Cecilia López Garzón solicitó a la entidad demandada la pensión de sobrevivientes el día **15 de abril de 2015**, empero se dejó en suspenso su reconocimiento hasta que la justicia ordinaria decidiera, conforme obra en la Resolución GNR 246695 de 2015 (fls. 31, 32 y 51 a 55).

viii) Que a la entidad demandada se presentó igualmente la señora Luz Nelly Valencia Holguín a reclamar pensión de sobrevivientes el día **22 de abril de 2015,** se dejó en suspenso su

reconocimiento hasta que la justicia ordinaria decidiera según la Resolución GNR 246695 de 2015 (fls.39, 40 y 51 a 55).

ix) Mediante la Resolución GNR 246695 de 2015 se ordenó el reconocimiento del 50% de la prestación a favor de Juan Sebastián y Andrés Santiago Ospina (fls.51 a 55).

Conforme a los hechos probados y que no son objeto de controversia en este proceso, procede la Sala a verificar si se acreditaron los supuestos fácticos necesarios para que Elvira Cecilia López Garzón y Luz Nelly Valencia Holguín - en su calidad de presuntas compañeras permanentes - sean reconocidas como beneficiarias de la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimiento del **afiliado** Orlando Ospina Barrios, tal como lo disponen las disposiciones legales y jurisprudenciales que regulan el caso.

En cuanto a la calidad de beneficiaria que **Elvira Cecilia López Garzón** aduce tener como compañera permanente, se tiene que comparecieron a rendir testimonio Amparo Ospina de Ardila y Carlos Alberto Gordón Vanegas, quienes manifestaron:

Amparo Ospina de Ardila dijo que conocía a Elvira Cecilia López, desde 1982 porque se unió a su hermano Orlando Ospina; que ellos al principio vivían en el barrio Claredes pero que posteriormente se fueron a vivir en Patio Bonito junto con sus hijas Diana y Rocío Ospina López; que ellos nunca se separaron, siempre estuvieron juntos; que el causante falleció porque estaba padeciendo del corazón; que no conocía a Luz Nelly Valencia Holguín ni los hijos que el causante tuvo con ella; que en las fiestas de fin de año, se reunía con la familia del causante (Elvira López e hijas) en su casa - en la de ellos - o en la de un hermano; que la relación de Elvira López y el causante era buena; que siempre que visitaba el hogar del causante con Elvira López, él estaba en su hogar, y si tenía turno de trabajo, se ponían de acuerdo para ir cuando estuviera en su casa; que nunca el causante maltrató a Elvira López; que el causante por su trabajo de vigilante tenía turnos de noche; que la última vez que vio al causante fue cuando estuvo en la clínica la primera vez, antes de fallecer; y que con el causante se hablaba cada 15 días o cada mes.

Carlos Alberto Gordon Vanegas expresó que conocía a Elvira López desde el año 2000; que fue inquilino de ella, viviendo en su casa más de 14 años, hasta marzo o abril de 2015; que ella vivía con el señor Ospina, sus hijas y su yerno; que la relación que tenía el causante con Elvira López era de esposos; que el causante salía de trabajar, volvía a la casa y andaba con sus hijas; que el fallecimiento de Orlando fue por un infarto; que ellos vivían en patio bonito; que no conoció a Luz Nelly Valencia Holguín ni el causante le habló sobre ella; que en ningún momento supo que el causante se separara o se ausentara de la casa; y que el causante no pernoctaba a veces en su casa, por su labor como vigilante.

En igual sentido, obran en el plenario las declaraciones extraprocesales de **Joaquín Padilla**, y **Marlen Pardo Vega**, quienes manifestaron que Orlando Ospina Barrios y Elvira Cecilia López Garzón convivieron en unión marital de hecho por más de 30 años, desde el 5 de enero de 1982 hasta el 17 de febrero de 2015, fecha de fallecimiento del señor Ospina; que procrearon dos hijas; que compartieron techo, lecho y mesa; y que vivieron en el Barrio Patio Bonito de la localidad de Kennedy (fls. 34 y 35).

El estudio integral de las anteriores probanzas permite colegir que **entre Elvira Cecilia López Garzón y Orlando Ospina Barrios** existió un acompañamiento espiritual permanente, así como una comunidad de pareja con vocación de permanencia real y efectiva, dado que tuvieron una relación como compañeros permanentes desde el 5 de enero de 1982 hasta el 17 de febrero de 2015, en la que compartieron techo, lecho y mesa; procrearon dos hijas; no tuvieron rupturas; participaban junto con sus hijas en reuniones y fiestas familiares; y se brindaban apoyo y ayuda mutua. Además, Elvira López fue quién gestionó los gastos funerarios del causante.

De esta manera, en el caso bajo estudio, la Sala encuentra acreditada la convivencia del causante con Elvira López, en los términos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia **SL1730-2020,** pues como quedó visto está demostrada la conformación de un núcleo familiar con vocación de permanencia real y efectiva, y que se encontraba vigente para el momento de la muerte del señor Orlando Ospina Barrios. En igual sentido, se observa que se acreditó el

requisito de convivencia en los términos expuestos por la H. Corte Constitucional en sentencia **SU-149 de 2021,** puesto se reitera, la actora y el causante, tuvieron una relación como compañeros permanentes desde el 5 de enero de 1982 hasta el 17 de febrero de 2015, fecha del fallecimiento del causante, esto es, por más de cinco años, en la que compartieron techo, lecho y mesa; procrearon dos hijas; no tuvieron rupturas; participaban junto con sus hijas en reuniones y fiestas familiares; y se brindaban apoyo y ayuda mutua.

No se concluye lo mismo en relación con **Luz Nelly Valencia Holguín** por cuanto en primer lugar, en el juicio únicamente se observan las declaraciones extraprocesales de Blanca Aydee Pino Rojas y Ana Alí Chanci Llanos, quienes manifestaron que conocieron por más de 15 años a Orlando Ospina Barrios; que éste convivió en unión marital de hecho con Luz Nelly Valencia, compartiendo techo, lecho, y mesa, de manera continua e ininterrumpida; que tal pareja procreó dos hijos – gemelos- y que éstos así como la señora Luz Nelly Valencia dependían económicamente del causante, quien era la persona que les proveía los gastos de alimentación, manutención, vivienda, y demás (fls. 45 y 46).

En segundo lugar, en interrogatorio de parte Luz Nelly Valencia Holguín manifestó que compartía únicamente en las tardes con el causante, en sus descansos; que si bien junto con el causante se hacían cargo del hogar porque ambos trabajaban, él no vivía con ella sino en Patio Bonito; que ella vive en el barrio Santa Librada; que el causante la visitaba en su casa por ahí una o dos veces a la semana; y que en tales visitas hablaban de sus hijos, para ver cómo estaban, y ayudarlos un poco.

En similar sentido, obra declaración extra juicio de Luz Nelly Valencia Holguín a folio 49, fechada el 7 de marzo de 2008, en la que declaró que no convivía con el señor Orlando Ospina Barrios.

De conformidad con lo anterior, considera la Sala que dichas declaraciones resultan más que insuficientes, en contravía del restante acervo probatorio para establecer que entre **Luz Nelly Valencia Holguín y Orlando Ospina Barrios** existió un acompañamiento espiritual permanente, así como una comunidad de pareja con vocación de permanencia real y

efectiva; ello, por cuanto en primer lugar, las declaraciones extraprocesales no son coincidentes con lo que la misma actora manifestó en interrogatorio de parte y se vertió en su declaración extraprocesal del año 2008, nótese como en las primeras se hizo alusión a que ellos compartían techo, lecho y mesa, de manera continua e ininterrumpida, empero, en las segundas, se dijo que no convivía con el causante, que se veían una o dos veces a la semana en su casa, pero con el fin de hablar de sus hijos, para ver cómo estaban, y de ser preciso, ayudarlos un poco.

En segundo lugar, en las declaraciones de parte antes referidas ninguno de los deponentes manifestó las circunstancias de tiempo modo y lugar que daban fuerza a sus dichos o de por qué les constaban las afirmaciones que estaban realizando, escenario del que tampoco puede extraerse con certeza si entre el causante y la señora Luz Nelly Valencia Holguín se conformó un núcleo familiar con vocación de permanencia y ayuda espiritual permanente, y aunque la Sala no desconoce el hecho probado de la procreación de la descendencia común, lo cierto es que ello resulta ser un hecho insuficiente del que no puede inferirse una convivencia en unión marital de hecho.

Las anteriores razones son suficientes para considerar que le asiste razón al A Quo al ordenar el reconocimiento y pago del 50% de la pensión de sobrevivientes a favor de Elvira Cecilia López Garzón en su calidad de compañera permanente del afiliado, por lo que se CONFIRMARÁ la sentencia en tal sentido.

Fecha de reconocimiento y prescripción.

En consideración a que el fallecimiento del causante fue el 17 de febrero de 2015, es a partir de dicha data que se debe reconocer la pensión de sobrevivientes, pues esta se causó en virtud de la defunción del señor Orlando Ospina Barrios, por lo que al establecerse tal fecha de reconocimiento por parte del A Quo, la condena en tal sentido se confirmará.

En lo que respecta a la prescripción, teniendo en cuenta que se demandó el 27 de abril de 2016 (fl.56), esto es, dentro de los tres años de

que trata el artículo 488 del C.S.T, es claro que no operó tal fenómeno extintivo.

Indexación

En lo que concierne a la indexación la Sala considera que es dable confirmar su imposición, al ser un mecanismo que busca el pago completo e íntegro de la prestación, evitando la pérdida del poder adquisitivo por la incontenible depreciación de la moneda, o lo que es lo mismo, busca garantizar el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa, conforme a lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359-2021, a lo que se suma que el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un hecho de conocimiento público y notorio, según lo advertido por dicha Corporación en múltiples sentencias como la del 14 agosto de 2012, Rad. 41522.

Por lo brevemente expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia en su integridad.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones. No se imponen a Luz Nelly Valencia Holguín por estar representada por Curador Ad Litem.

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 de origen y fecha conocidos, por las razones indicadas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones.

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.

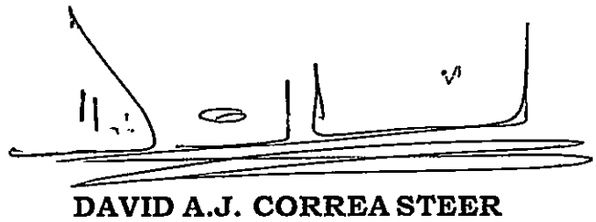
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de $450.000.oo a cargo de Colpensiones.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Sustanciadora

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A.J CORREA STEER, a estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **ANA ELVIA GUASCA CÁCERES** promoviese contra **COLPENSIONES, y PORVENIR S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS.

En lo que aquí concierne, con la demanda la actora pretende se declare la *"nulidad"* del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que PORVENIR S.A., traslade todos los aportes junto con sus rendimientos a Colpensiones, y que ésta última reconozca y pague una pensión de vejez teniendo en cuenta como ingreso base de liquidación lo cotizado durante el último año de prestación de servicios o el promedio de los últimos diez años de cotización, retroactivo, mesadas adicionales, porcentaje por personas a cargo, e intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información de parte de PORVENIR S.A., al momento de efectuar el correspondiente traslado de régimen pensional, así como su condición de beneficiaria del régimen de transición.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 47 a 73), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y la innominada o genérica.

Expuso que la accionante realizó su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad en uso pleno de su voluntad, quién por decisión propia solicitó la afiliación y suscribió el correspondiente formulario; y que la voluntad de la demandante se vio ratificada al perdurar más de 20 años en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Adujo que la Ley 797 de 2003 por razones financieras y de estabilidad del sistema pensional, limitó el derecho del afiliado a trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de diez años para cumplir el requisito de edad en el régimen de prima media, salvo para los afiliados que contaran con 15 años de servicios al 01 de abril de 1994.

Indicó que las proyecciones pensionales no son pruebas útiles para demostrar un eventual vicio en el consentimiento, más aún cuando la obligación de realizarlas nació con el Decreto 2071 de 2015; y que para la época del traslado de la accionante era imposible determinar los rendimientos financieros que tendría el fondo privado.

Señaló que correspondía a la demandante conocer los efectos que el traslado le traería, lo que se encuentra en la normatividad vigente, de manera que, de existir un error, sería de derecho, el cual no vicia el consentimiento; que los vicios del consentimiento se sanean por el paso del tiempo, de modo que al presentarse la afiliación de la actora el 25 de abril de 1996, operó una ratificación tácita de su consentimiento.

Concluyó indicando que, conforme a los artículos 151 del C.P.T y de la S.S. y 488 y 489 del C.S.T., operó la prescripción de cualquier prestación causada con anterioridad a los tres años previos a la presentación de la demanda.

Por su parte, **PORVENIR S.A.,** (fls. 83 a 90), de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, y la innominada o genérica.

Expuso que la selección de régimen es libre y voluntaria; que la accionante plasmó por escrito su elección de régimen en el formulario de afiliación; que los asesores comerciales encargados de promover afiliaciones reciben permanentemente capacitación a fin de garantizar que se brinde una adecuada orientación y asesoría a los potenciales afiliados; que el régimen de ahorro individual pone en manos de los cotizantes su futuro pensional, y es por ello, que a través de la planeación y el ahorro, éstos pueden alcanzar mejores beneficios que los que tendrían en Colpensiones.

Indicó que el deber de información en los términos que plantea la parte actora solamente fue previsto cuando se creó el sistema de información al consumidor financiero a través del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, esto es, con la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010.

Explicó que en todo momento la actora recibió información suficiente para conocer los efectos de su traslado; que la información que se le suministró se hizo de acuerdo con las normas vigentes para la época de traslado; y que, en todo caso, la accionante contaba con diferentes fuentes de información, tales como la página de internet del fondo, los extractos mensuales, chats, y la posibilidad de ir a alguna de sus oficinas.

Manifestó que para que se declarara una nulidad absoluta era imperativo que se demostrara la existencia de una causa u objeto ilícito en la contratación, o que la demandante era una incapaz absoluta; que de existir un vicio del consentimiento, únicamente habría error, bien porque la actora tuvo una falsa noción de las implicaciones de su traslado o porque las ignoró por no habérsele suministrado información suficiente; y que el error aludido sería de derecho, el cual no vicia el consentimiento.

Dijo que la carga de la prueba conforme al artículo 835 del C. de Co. recae en cabeza de quien alegue la culpa o la mala fe; que no es posible aplicar el precedente judicial, dado que las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia buscaban proteger a personas con expectativas legítimas de pensión o beneficiarias del régimen de transición.

Finalmente, expresó que el término de prescripción es de tres años, y que, en tratándose de una nulidad absoluta, es de diez años, conforme la normatividad civil que rige la materia.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 14 de agosto de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria.**

En síntesis, refirió que la accionante no contaba con 15 años de servicios al 01 de abril de 1994 para entender que en ese contexto podía retornar al régimen de prima media, conforme a la sentencia SU-062 de 2020; y que la actora no era beneficiaria del régimen de transición, pues además de no acumular 15 años de servicios al 01 de abril de 1994, para dicha fecha tenía 33 años de edad.

Agregó que para la época del traslado de la accionante (1996) el ISS se encontraba en etapa crisis y de incertidumbre, en la que la eficiencia de la entidad no era a la que cualquier afiliado podía aspirar; y que en ese contexto la actora influenciada por la jefe de recursos humanos optó por trasladarse de régimen y suscribir el formulario de afiliación.

Dijo que existe una prohibición legal de rechazar a los afiliados que deseen ingresar al régimen de ahorro individual a menos que se trate personas que se encuentran dentro de las restricciones que establece la ley; que por lo anterior, el fondo no podía rechazar la afiliación de la accionante, a menos que se tratara de una persona excluida del régimen de ahorro individual en virtud de los términos de traslado; y que es tan así que los fondos privados deben aceptar la afiliación de aquellos cotizantes que se encuentran en el régimen de transición, so pena de incurrir en procesos de selección inversa.

Adujo que se debió acreditar la existencia de un vicio del consentimiento para declarar nula la afiliación; que no se alegó la fuerza en la demanda ni tampoco se dijo en el interrogatorio de parte como motivo del traslado; que no se observa dolo, esto es, un proceder tendencioso con el fin de engañar al afiliado en el momento de efectuar su traslado de régimen pensional, pues de su interrogatorio de parte no se advierte el ánimo de dañar y que fue la jefe de ésta quien insistió en su traslado con el ánimo de que obtuviera unos beneficios cuando arribara a su edad de pensión; que no se evidencia que la accionante hubiere incurrido en error, pues sus ingresos no eran altos, y no tenía semanas voluminosas para considerar que estaba cerca de cumplir el requisito de tiempo exigido por la Ley 100 de 1993; y que la decisión que tomó la actora no puede considerarse como desacertada, pues el régimen de ahorro individual trae unos beneficios que no se pueden desconocer, como la

posibilidad de que sean heredables sus aportes pensionales y lograr una devolución de saldos, por lo que es una decisión que hubiera tomado un buen padre de familia en la administración de sus negocios, más aún si se tiene en cuenta el estado del Instituto de Seguros Sociales, frente a quién la Corte Constitucional tuvo que intervenir para declarar un estado de cosas inconstitucionales y permitirle que diera respuesta a los derechos de petición en términos más extensos que los establecidos en la ley.

Advirtió que si hubo un error, éste nació de la accionante, al no tomar una decisión antes de quedar en el escenario de tener menos de diez años para cumplir la edad pensional en el régimen de prima media.

Concluyó indicando que la estabilidad y sostenibilidad financiera es un tema relevante para el asunto, dado que en sentencia C-1024 de 2004 se consideró constitucional restringir el traslado de régimen cuando al afiliado le faltaran menos de 10 años para cumplir el requisito de edad en el régimen de prima media, pues su objetivo es que no se descapitalicen los regímenes pensionales; que de accederse a la nulidad o ineficacia del traslado los recursos acumulados en el fondo privado no resultarían suficientes pues los aportes y rendimientos cubrirán únicamente durante los primeros años de la prestación; que con lo anterior, se vulneraría el derecho a la igualdad que se encuentra en cabeza de los afiliados al régimen de prima media, quienes sí efectuaron sus aportes en dicho régimen; y que aplicar la ineficacia del traslado sin tener en cuenta las particularices del caso y sin mayor reflexión desconoce el principio de inescindibilidad de los regímenes pensionales, beneficiándose, en ese orden de ideas, de cada una de las ventajas de los regímenes pensionales.

4. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 22 de febrero de 2021, se admitió el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para

alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora, Colpensiones y Porvenir S.A.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S. modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren totalmente adversas al afiliado, se verificará la absolución impuesta.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a definir si es 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 y, si hay lugar al reconocimiento y pago de una pensión de vejez.

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 H. 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 H. 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, y los alcances de la ineficacia, 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 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	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los 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 3°, 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°. 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 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".

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 explícita 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) 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."

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

"3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?

Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.

Luego, ***lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse,***

no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...)".

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**, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** la activa se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del entonces I.S.S., pues obra historia laboral en la que se da cuenta que cotizó a tal régimen desde el 21 de octubre de 1977 (fls. 76 y 77); **ii)** que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. el día 25 de enero de 1996 (fl.94), que posteriormente se trasladó a la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías (hoy Porvenir S.A.) el 18 de noviembre de 1997 (fl.91) y **iii)** que el 15 de noviembre de 2017 y el 12 de diciembre de 2017 solicitó a las demandadas retornar nuevamente al Régimen de Prima

Media con Prestación Definida, pero le fue negada tal posibilidad por Colpensiones y Porvenir S.A. (fls.9 a 13, 102 y 103).

Pues bien. A folio 94 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 25 de enero de 1996 con la AFP Porvenir S.A., y si bien en el mismo se consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, lo cierto es que esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos 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 la correspondiente AFP en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información. Aquí vale la pena decir que los anteriores presupuestos no se acreditaron en el caso bajo estudio, pues la omisión en el deber de información no se logra suplir con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que ésta se limitó a exponer que se trasladó de régimen pensional, porque la jefe de recursos humanos le recomendó su migración pensional, y la asesora del fondo privado le informó que en el régimen de ahorro individual con solidaridad se podía pensionar con una tasa del 90% de sus aportes y a una edad más temprana, en comparación con el régimen de prima media, aseveraciones de las que no es viable derivar una confesión, con consecuencias adversas para la declarante ni, mucho menos, que respalde los argumentos carentes de prueba de la parte demandada.

[1] SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

A la misma conclusión se llega luego de la valoración del testimonio del señor Miguel Simbaqueba Briceño, quien únicamente manifestó que conocía a la actora porque trabajó con ella desde 1989; que todos los trabajadores del Hospital San Rafael estaban afiliados al I.S.S. y que de un momento a otro resultaron afiliados en fondos privados; que desconoce cuándo se afilió la actora al I.S.S. pero que seguramente lo hizo internamente el hospital; y que sabía de los traslados que efectuó su empleador porque se "regó el cuento" entre los compañeros de trabajo; afirmaciones que igualmente devienen insuficientes para tener por acreditado el deber de información a cargo del fondo de pensiones, máxime teniendo en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria (parte actora), acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

En cuanto a que **la demandante debía conocer la ley,** que le correspondía conocer los efectos que el traslado le traería 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 a la afiliada 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 alegando la negligencia de la actora al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular.

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 igual sentido, ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia 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.

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

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

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

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

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro 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."

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

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

"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado

con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".

Por lo anterior, no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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 improcedente 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".*

Por las razones anteriormente expuestas la Sala no encuentra acierto en la decisión del A Quo, por lo que **REVOCARÁ** la sentencia apelada y, en consecuencia, se **DECLARARÁ LA INEFICACIA** del acto de traslado de Ana

Elvia Guasca Cáceres del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de PORVENIR S.A. el 25 de enero de 1996 y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte.

VALORES A DEVOLVER POR PARTE DE LA AFP COMO CONSECUENCIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

Como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de traslado, resulta consecuente ordenar el reconocimiento y pago de la totalidad de los rubros que recibió la AFP, tales como aportes, rendimientos y gastos de administración. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, 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, se CONDENARÁ a la AFP PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor al régimen de prima media, tales como aportes, rendimientos, costos cobrados por concepto de administración, bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció el accionante en dicho régimen.

En igual sentido, se CONDENARÁ a COLPENSIONES a recibir todos los valores de la cuenta de ahorro individual del accionante; a reactivar de manera inmediata su afiliación al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad; y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

FRENTE A LA PRETENSIÓN DE PENSIÓN VEJEZ

La demandante pretende, además de la declaratoria de ineficacia de su traslado de régimen, que se condene a Colpensiones al reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con el régimen de transición.

Al punto, vale precisar que si bien la actora se encontraba afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A.; que en sede de instancia, esta Corporación revoca la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia de su traslado de régimen pensional, para imponer condena contra Colpensiones y Porvenir S.A.; y que por lo anterior, la demandante se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones, entidad que deberá asumir el pago de la pensión que eventualmente le corresponda; lo cierto es que sólo cuando Colpensiones reciba la totalidad del capital y/o dinero proveniente del régimen de ahorro individual, y se vean reflejados en el reporte de historia laboral la totalidad de las semanas de la accionante, podrá ésta solicitar la corrección de su historia laboral si

a bien lo tiene, o en su defecto solicitar el reconocimiento y pago de la pensión aquí pretendida.

En consecuencia, sólo una vez se haya cumplido la orden de devolución de los aportes, rendimientos, cuotas de administración y demás a cargo de la AFP PORVENIR, podrá COLPENSIONES estudiar la prestación de vejez, reclamada.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en ambas instancias a cargo de Porvenir S.A y Colpensiones.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar se dispone:

A. DECLARAR LA INEFICACIA del acto de traslado de Ana Elvia Guasca Cáceres del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de PORVENIR S.A. el día 25 de enero de 1996 y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten.

B. CONDENAR a PORVENIR S.A., que proceda a trasladar a Colpensiones de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por Ana Elvia Guasca Cáceres y sus empleadores, tales como, aportes, rendimientos, bono pensional, cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía

de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció la accionante en dicho régimen.

C. CONDENAR a Colpensiones a recibir los valores enunciados en literal c) de la presente providencia; a reactivar de manera inmediata la afiliación de Ana Elvia Guasca Cáceres al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

D. CONDENAR a Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la señora Ana Elvia Guasca Cáceres, y actualice la información en su historia laboral, proceda a realizar el estudio del derecho pensional bajo las normas que regulen el régimen de prima media con prestación definida.

E. ABSOLVER a Colpensiones y a Porvenir S.A. de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO. – Costas en ambas instancias a cargo de las demandadas.

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
Aclaro Voto !.

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de $450.0000 a cargo de las demandadas.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de junio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que JOSÉ HERNANDO GONZÁLEZ GARCÍA promoviese contra COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS.

En lo que aquí concierne, con la demanda el actor pretende se declare la *"nulidad"* del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Colfondos S.A., y subsidiariamente que se declare la ineficacia de tal traslado; como consecuencia de ello, solicita que Colfondos S.A. restituya todos los valores

que hubiere recibido, teniéndose como válida únicamente la afiliación a Colpensiones, quien deberá contabilizarlos para efectos de pensión.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada a la demandante, de parte de Colfondos S.A., al momento de efectuar sus correspondientes traslados.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

Colpensiones (fls. 117 a 138), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y la innominada o genérica.

Expuso que la afiliación del accionante se hizo con la plena voluntad de la cotizante, quién por voluntad propia la solicitó y decidió trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad; y que el consentimiento de la demandante se vio ratificado con los más de 20 años de permanencia en Colfondos S.A.

Dijo que la Ley 797 de 2003 establece la libre escogencia de los regímenes pensionales y la posibilidad de trasladarse cada cinco años, sin embargo, el artículo 1° del Decreto 3800 de 2003 limitó este derecho para cuando el afiliado le faltaren menos de diez años de cotización para acreditar el derecho pensional; y que la sentencia SU-062 de 2010 establece que para que haya lugar al cambio de régimen pensional en cualquier tiempo es necesario que se tuviera 15 años de servicios antes del 01 de abril de 1994, empero el actor no acumula tal cantidad de tiempo en el periodo aludido.

Señaló que el Decreto 692 de 1994 únicamente exigía la suscripción de un formulario de afiliación, en el que constara que al afiliado se le había comunicado la información de forma clara y veraz, y que la decisión del traslado es libre, espontánea y sin presiones; que las proyecciones

pensionales no son pruebas útiles para demostrar un vicio en el consentimiento, pues para el momento en que se efectuó la afiliación por parte del actor, no era una obligación legal, ya que este deber nació con el Decreto 2071 de 2015; y que realizar una proyección pensional para el momento en que se efectuó el traslado no hubiere arrojado elementos contundentes para el reconocimiento pensional, dado que está sometido a variables financieras.

Indicó que el funcionamiento del régimen de ahorro individual se encuentra expresado en la ley, por lo que no es excusa para alegar su desconocimiento, así como tampoco para alegar un vicio del consentimiento, ya que se está frente a un error de derecho.

Concluyó indicando que en caso de prosperar las pretensiones de la demanda se debe devolver la totalidad de los aportes recibidos por el fondo privado, tales cotizaciones, bonos pensionales, y rendimientos; que son las administradoras de pensiones privadas a las que les corresponde acreditar que suministraron la correspondiente información al afiliado, especialmente, las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; que los vicios del consentimiento se sanean por el paso del tiempo, a través de la figura de la ratificación tácita; y que conforme al artículo 151 del C.P.T y de la S.S. operó la prescripción al no ser demandada la nulidad y/o ineficacia del traslado dentro de los tres años siguientes de suscrita la afiliación por parte del actor.

Por su parte, **Colfondos S.A.** (fls. 235 a 242), de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó validez de la afiliación con Colfondos, inexistencia de la obligación demandada, buena fe, prescripción, y la innominada o genérica.

Expuso que el demandante haciendo uso de su libertad de traslado, suscribió y efectuó aportes al régimen de ahorro individual con solidaridad; que el traslado se realizó de conformidad con los presupuestos legales; que el accionante no se encuentra cobijado por el régimen de transición; que el

actor se encuentra válidamente afiliado a Colfondos; y que actuó dentro del marco legal estricto que regula su actividad.

Manifestó que el accionante al suscribir su formulario de afiliación estableció que su selección era libre, espontánea y sin presiones; y que el actor se le entregó información cierta y suficiente, pues sus asesores comerciales reciben constantemente capacitaciones para transmitir la información a los potenciales afiliados, así como resolver las correspondientes dudas que les pueda surgir; que el formulario de afiliación cumple con los requisitos que la Ley 692 de 1994 exige; y que el actor no hizo uso del derecho de retracto de que trata el Decreto 1161 de 1994.

Indicó que la información de acceder a una mesada pensional más alta en régimen de ahorro individual o de poderse pensionar en una edad anterior a la del régimen de prima media, no son mentirosas, no obstante, ello dependerá de la actitud que asuma al afiliado en relación con sus correspondientes aportes.

Adujo que el término máximo de prescripción que se podría contabilizar es de cuatro años, pues conforme al artículo 1750 del C.C, para solicitar la rescisión de un contrato se cuenta con tal tiempo.

Expresó que de existir algún vicio del consentimiento sería el error, no obstante, al estar regulado en la ley el funcionamiento de los regímenes pensionales se estaría frente a un error de derecho, el que por disposición legal no vicia el consentimiento; que la fuerza y el dolo deben ser demostrados por la parte actora; y que de presentarse un vicio del consentimiento quedó saneado por el paso del tiempo, hubo una ratificación tácita.

Finiquitó señalando que no es dable aplicar las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia en las que se ha declarado la ineficacia del traslado, en la medida que en tales decisiones se protegió a personas con expectativas legítimas de pensión o beneficiarias del régimen de transición; y que por lo anterior, no se puede invertir la carga de la prueba en cabeza del fondo privado, siendo perentorio que se demuestre por parte del

demandante los presupuestos sobre los que se soporta las pretensiones de nulidad y/o ineficacia de traslado.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 16 de junio de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria.**

En síntesis, refirió que los lineamientos fijados por la Corte Suprema de Justicia no pueden ser aplicados en el caso, como quiera que cada asunto es particular y debe analizar con los hechos con las pruebas allegadas a juicio.

Dijo que existe una prohibición legal de rechazar a los afiliados que deseen ingresar al régimen de ahorro individual a menos que se trate personas que se encuentran dentro de las restricciones que establece la ley; que por lo anterior, el fondo no podía rechazar la afiliación del accionante, debiéndose acreditar entonces la existencia de un vicio del consentimiento para declarar nula la afiliación; que del interrogatorio de parte del accionante se puede inferir que no se le constriñó, o que fue forzado a tomar la decisión de afiliarse a un fondo privado; que no se observa dolo, esto es, un proceder tendencioso o con el fin de engañar al afiliado en el momento de efectuar su traslado de régimen pensional, pues de su interrogatorio de parte no se advierte el ánimo de dañar; y que no se evidencia que el accionante hubiere incurrido en error, pues no estaba cerca de causar su prestación pensional, ya que le hacían falta alrededor de 800 semanas para cumplir el requisito de tiempo exigido por la Ley 100 de 1993.

Agregó que para la época del traslado del accionante (1998) el ISS se encontraba en una crisis, tanto que para la Corte Constitucional tuvo que intervenir para declarar un estado de cosas inconstitucionales y permitirle que diera respuesta a los derechos de petición en términos más extensos que los establecidos en la ley; y que sí aconteció la liquidación del ISS, creándose una nueva entidad para poder atender en mejores condiciones a los afiliados al régimen de prima media.

Advirtió que era imprevisible para el accionante y los fondos privados conocer las restricciones que en materia de traslado pensional traería la Ley 100 de 1993, pero ello no implica que el actor no hubiere obrado con la suficiente diligencia en aras de salvaguardar su derecho pensional, pues cada régimen pensional dependiendo de la situación del afiliado puede resultarle más beneficioso el régimen de ahorro individual o el régimen de prima media; que nadie podía prever la evolución del derecho pensional del accionante sino únicamente al paso de los acontecimientos que pudieren presentarse, como terminaciones de contratos de trabajo, cambios de salario, etc.; y que del interrogatorio de parte se extrae que el accionante dejo de lado su aspecto pensional y que no concurrió a su fondo privado ni a Colpensiones, sino en postrimerías de cumplir los requisitos para cumplir la pensión de vejez.

Concluyó indicando que la estabilidad y sostenibilidad financiera es un tema relevante para el asunto, dado que en sentencia C-1024 de 2004 se consideró constitucional restringir el traslado de régimen cuando al afiliado le faltaran menos de 10 años para cumplir el requisito de edad en el régimen de prima media pues su objetivo es que no se descapitalicen los regímenes pensionales; que de accederse a la nulidad o ineficacia del traslado los recursos acumulados en el fondo privado no resultarían suficientes pues los aportes y rendimientos cubrirán únicamente dos o tres años de la prestación, más aún si se tiene en cuenta que el actor tiene una hija de siete años que podría ser beneficiaria de una pensión de sobrevivientes; y que con lo anterior, se vulneraría el derecho a la igualdad que se encuentra en cabeza de los afiliados al régimen de prima media, quienes sí efectuaron sus aportes en dicho régimen.

4. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** expresó que se encuentra acreditada la ineficacia del traslado de régimen, pues la AFP Colfondos incumplió con su deber de información para con el afiliado; y que se logró probar el perjuicio sufrido por el demandante, la información falaz que recibió, y la relación de causalidad entre la información falsa y su traslado.

Añadió que en la sentencia cuestionada no se verificó si el fondo de pensiones brindó información clara, veraz y objetiva al demandante sobre la totalidad de las características, riesgos, y consecuencias que tenía el traslado de régimen pensional, sin que sea suficiente la simple suscripción del formulario de afiliación.

Adujo que se invirtió la carga de la prueba en cabeza del demandante; se requirió que el actor debía contar con un derecho consolidado o una expectativa de pensionarse, sin tenerse en cuenta que el derecho pensional no se puede equiparar con un derecho civil o comercial, más aún cuando al afiliado no se le informa sobre la posibilidad de ejercer el derecho de retracto, ni de hacer aportes voluntarios.

Finiquitó señalando que conforme al criterio de la Corte Suprema de Justicia existe el deber de información desde la existencia del régimen pensional, sin que se allegara ni siquiera prueba de la formación del asesor que brindó la asesoría al demandante.

5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 13 de octubre de 2020, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

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

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

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** definir si 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.

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 H. 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 H. 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, y los alcances de la ineficacia, 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 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	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los 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 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 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".

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 explícita 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) 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."

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

"3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?

Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...)".

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**, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: i) la activa se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del entonces I.S.S., pues obra historia laboral en la que se da cuenta que cotizó a tal régimen desde el 16 de octubre de 1990 (fls. 144 a 148); ii) que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Colfondos S.A el día 03 de noviembre de 1998 (fl.243) y; iii) que solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el día 24 de agosto de 2018 pero le fue negada la posibilidad por Colpensiones (fls. 70 y 71).

A folio 243 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 03 de noviembre de 1998 con la AFP Colfondos S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó de forma 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 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 la correspondiente AFP en la libertad de usar cualquier 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, sin que tal omisión pueda suplirse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, pues este se limitó a exponer que el asesor de Colfondos S. A. le dijo que podía tener derecho a una pensión del 110% de lo cotizado en los últimos años anteriores al reconocimiento prestacional, información que en todo caso no se ajusta a la normatividad que rige el régimen de ahorro individual, y, finalmente, que la información suministrada por el fondo privado fue muy precaria, por lo cual, de dichas aseveraciones, no es viable derivar una confesión, con consecuencias adversas para el declarante ni, mucho menos, que respalde los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime teniendo en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

En cuanto a que **el demandante debía conocer la ley** o en otras palabras que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, la aplicación de dicho principio del derecho no descarta la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información clara, cierta y oportuna en los términos

[1] SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia del actor al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

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 citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

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

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado

demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

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

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro 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."

Por las razones anteriormente expuestas la Sala no encuentra acierto en la decisión del A Quo, por lo que **REVOCARÁ** la sentencia apelada y, en consecuencia, se **DECLARARÁ LA INEFICACIA** del acto de traslado de José Hernando González García del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de Colfondos S.A. el día 03 de noviembre de 1998 y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte.

VALORES A DEVOLVER POR PARTE DE LA AFP COMO CONSECUENCIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

Como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de traslado, resulta consecuente ordenar el reconocimiento y pago de la totalidad de los rubros que recibió la AFP, tales como aportes, rendimientos y gastos de administración. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, 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, se **CONDENARÁ** a la **AFP COLFONDOS S.A** a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor al régimen de prima media, tales como aportes,

rendimientos, costos cobrados por concepto de administración, bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció el accionante en dicho régimen.

En igual sentido, se **CONDENARÁ** a **COLPENSIONES** a recibir todos los valores de la cuenta de ahorro individual del accionante; a reactivar de manera inmediata su afiliación al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad; y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

PRESCRIPCIÓN.

En lo que respecta a la excepción de prescripción, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal 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 improcedente 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"*.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en ambas instancias a cargo de las demandadas.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar se dispone:

A. DECLARAR LA INEFICACIA del acto de traslado de José Hernando González García del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de Colfondos S.A. el día 03 de noviembre de 1998 y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten.

B. CONDENAR a Colfondos S.A. que proceda a trasladar a Colpensiones de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por José Hernando González García y sus empleadores, tales como, aportes, rendimientos, bono pensional, cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció el accionante en dicho régimen.

C. ORDENAR a Colpensiones a recibir los valores enunciados en literal c) de la presente providencia; a reactivar de manera inmediata la afiliación de José Hernando González García al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

D. DECLÁRENSE NO PROBADAS las excepciones planteadas por las accionadas.

SEGUNDO. – Costas en ambas instancias a cargo de las demandadas.

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
Aclaro Voto!

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de $450.000.00 a cargo de las demandadas.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Sustanciadora

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de septiembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que MARÍA CLAUDIA RODRÍGUEZ MONTAÑO promoviese contra PORVENIR S.A y COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende se declare la ineficacia del traslado de régimen que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de **A.F.P. PORVENIR S.A.,** Como consecuencia de ello, solicita que **A.F.P. PORVENIR S.A.,**. traslade todos los aportes que hubiere recibido como producto de la afiliación a

Colpensiones, y que ésta acepte dichos aportes y registre como afiliada a la demandante sin solución de continuidad.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta, la presunta falta de información a la demandante, de parte de la **A.F.P. PORVENIR S.A.,**, al momento de efectuarse el correspondiente traslado.

2. ACTUACIÓN PROCESAL.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES (fls. 67 a 80), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y la innominada o genérica.

Señaló que la afiliación de la accionante se hizo con la plena voluntad de ésta, quién por voluntad propia suscribió formulario de afiliación; voluntad que se vio ratificada al permanecer la actora más de 15 años en el régimen de ahorro individual.

Adujo que de conformidad con las sentencias C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010 para retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo se requiere tener un tiempo mínimo de 15 años de cotización al 1 de abril de 1994, así como ser beneficiario del régimen de transición.

Dijo que cuando se elevó solicitud de traslado de régimen pensional, la accionante se encontraba incursa en la imposibilidad de trasladarse de régimen, pues le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión.

Manifestó que el retorno al régimen de prima media, únicamente se ha permitido a personas que son beneficiarias del régimen de transición o tenían una expectativa legítima de pensión, al momento de efectuar su traslado de régimen.

Finalmente, explicó que el deber de efectuar proyecciones pensionales nació con el Decreto 2071 de 2015; que el monto de la pensión depende de variables que eran imposibles de predecir al momento del traslado, como lo es el comportamiento de la economía; y que las características de los regímenes pensionales se encuentran en la Ley 100 de 1993, por lo que no resulta viable alegar su desconocimiento como excusa.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (fls. 88 a 94), de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo, y la innominada o genérica.

Expresó que la selección de régimen pensional es libre y voluntaria, y en esa medida la afiliada escoge por escrito el fondo de pensiones al que quiere pertenecer, suscribiendo el correspondiente formulario de afiliación.

Indicó que las vinculaciones que realiza están reguladas por la Superintendencia Financiera, de modo que la forma de realizar las afiliaciones no obedece a un capricho del fondo; que los asesores comerciales reciben permanentemente capacitación a fin de garantizar que se brinde una adecuada orientación y asesoría a los afiliados; que son enfáticos en señalar que el régimen de ahorro individual pone en manos de los afiliados su futuro pensional a través de la planeación y el ahorro, lo que implica tener cotizaciones permanentes así como efectuar aportes voluntarios; y que el pensionarse a una edad anterior o con un monto superior al régimen de prima media, también depende de los afiliados.

Expuso que no puede alegarse un engaño, cuando el demandante tiene la posibilidad de leer, preguntar, y sustraerse de firmar el documento entregado por el asesor comercial; que no se aporta ninguna prueba que soporte que la actora fui inducida en error u objeto de engaño; que la actora tomó una decisión informada y consciente, tal y como da cuenta el formulario de afiliación que suscribió, el que cumple con los requisitos

formales que establece el Decreto 692 de 1994; que de existir alguna nulidad sería relativa por error de hecho, no obstante, este sólo vicia el consentimiento cuando se yerra sobre la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, lo que no acaeció en el caso; que la carga de la prueba según el artículo 835 del C.Co. recae en cabeza de quién alega o la mala fe de un negocio jurídico.

Dijo que los fondos privados para la fecha de traslado de la accionante no tenían la obligación de brindar información, pues este deber nació con la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010, según concepto de la Superintendencia Financiera 2015123910-002 de 2015.

Agregó que en virtud de las modificaciones que trajo consigo la Ley 797 de 2003, se publicó en El Tiempo, un aviso en el que se indicó a todos los afiliados y al público en general la imposibilidad de retornar al régimen de ahorro individual cuando faltan menos de diez años para cumplir el requisito de edad de la pensión de vejez.

Manifestó que es inaplicable el precedente de la Corte Suprema de Justicia, como quiera que allí se han protegido a personas con régimen de transición y con expectativas legítimas de pensión.

Finalmente, el término máximo para solicitar la rescisión de un contrato es de cuatro años según el artículo 1750 del C.C., por lo que operó el fenómeno de la prescripción.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 10 de septiembre de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria.**

En síntesis, refirió que existe una prohibición legal de rechazar a los afiliados que deseen ingresar al régimen de ahorro individual a menos que se trate de personas que se encuentran dentro de las restricciones que establece la ley; y que por lo anterior, el fondo no podía rechazar la afiliación de la

accionante, debiéndose acreditar entonces la existencia de un vicio del consentimiento para declarar nula la afiliación.

Indicó que del interrogatorio de parte de la accionante se puede inferir que no se le constriñó, o que fue forzada a tomar la decisión de afiliarse a un fondo privado; que no se observa dolo, esto es, un proceder tendencioso o con el fin de engañar al afiliado en el momento de efectuar su traslado de régimen pensional, pues de su interrogatorio de parte no se advierte el ánimo de dañar; que por el contrario, lo que se avizora es que hubo un acompañamiento a la accionante a través de una reunión de 20 minutos, con la suscripción de un formulario que se dio de manera libre e informada.

Agregó que no se evidencia que la accionante hubiere incurrido en error, pues para la época de su traslado (1997) el I.S.S. se encontraba en una crisis, tanto que la Corte Constitucional tuvo que intervenir para declarar un estado de cosas inconstitucionales y permitirle que diera respuesta a los derechos de petición en términos más extensos que los establecidos en la ley; que sí aconteció la liquidación del I.S.S., creándose una nueva entidad para poder atender en mejores condiciones a los afiliados al régimen de prima media; que para la época los medios de comunicación eran responsables de la información que estaba en cabeza de los afiliados atinente a que el I.S.S. se iba a acabar; y que para 1997 si bien no era representativo lo que tenía aportado la accionante, era normal que intentara la protección de sus recursos, trasladándose de régimen pensional.

Advirtió que para las personas jóvenes es conveniente permanecer en el régimen de ahorro individual, puesto que están estructurando su futuro pensional, por demás que en caso de no lograr una pensión, pueden optar por una devolución de saldos, sus aportes pueden entrar en su masa sucesoral en caso de muerte; que cuando las personas llegan a una edad más avanzada (46 años mujeres, y 51 años los hombres), pueden pensar qué pensión les parece más beneficiosa, y hacer el correspondiente traslado; y que para el momento histórico la decisión más adecuada era migrar de régimen, pues apenas estaba construyendo su futuro pensional, y ante la situación de crisis del I.S.S. lo más conveniente era trasladarse a un fondo privado.

Consideró que de existir un error, este sería no hacer un alto en el camino cuando a la actora le faltaban más de 10 años para cumplir la edad; que en todo caso, era imprevisible conocer cuál sería el valor de la mesada pensional de la accionante, pues en todo caso es posible en el régimen de ahorro individual acceder a una pensión más alta que a la de Colpensiones y a una edad más temprana; que cada régimen pensional dependiendo de la situación del afiliado puede resultarle más beneficioso; y que la decisión de la actora fue la de un buen padre de familia con sus negocios, por ello, no puede ser catalogada como un error.

Explicó que en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia no se ha establecido una imputación objetiva, de manera irrestricta y sin mayor valoración probatoria; que la accionante como odontóloga conoce que la falta de información en un procedimiento no genera necesariamente un vicio del consentimiento; y que no se puede llegar al exceso de que en un futuro si la accionante no logra su pensión en el régimen de prima media, per se, se ordene su retorno al régimen de ahorro individual, por considerarse que la decisión del juez debe ser anulada por serle más favorable, por ejemplo, una devolución de saldos.

Concluyó indicando que la estabilidad y sostenibilidad financiera es un tema relevante para el asunto, dado que en sentencia C-1024 de 2004 se consideró constitucional restringir el traslado de régimen cuando al afiliado le faltaran menos de 10 años para cumplir el requisito de edad en el régimen de prima media, pues su objetivo es que no se descapitalicen los regímenes pensionales; que por lo anterior, debe tenerse en cuenta las circunstancias particulares de los casos, debiéndose observar cada caso puntual; que de accederse a la nulidad o ineficacia del traslado los recursos acumulados en el fondo privado no resultarían suficientes pues los aportes y rendimientos cubrirán únicamente dos o tres años de la prestación; y que con lo anterior, se vulneraría el derecho a la igualdad que se encuentra en cabeza de los afiliados al régimen de prima media, quienes sí efectuaron sus aportes en dicho régimen.

4. APELACIÓN DE LA SENTENCIA

PARTE ACTORA.

Adujo que la sanción a la falta del deber de información según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia con base en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, es la ineficacia del traslado, no siendo posible abordar el tema desde las nulidades, particularmente exigir la existencia de un vicio en el consentimiento.

Expuso que el Despacho se equivoca al tener la rúbrica del formulario de afiliación, como una razón para considerar que se cumplió con el deber de información, pues la Corte Suprema de Justicia ha dicho que no puede deducirse de tal documento, el cumplimiento del deber de información.

Finalmente, dijo que las administradoras de pensiones privadas desde su creación han tenido a su cargo la obligación del deber de información y que, pese a ello, lo que se evidencia es la existencia de un engaño, por demás que es carga de los fondos acreditar que el aludido deber de información, señalándose al afiliado las ventajas y desventajas, las que deben ser provistas en un lenguaje de fácil acceso.

5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 22 de febrero de 2021, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de Colpensiones y **A.F.P. PORVENIR S.A.,** para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y S.S., 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 que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no 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.

DE LA 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 H. 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 H. 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, y los alcances de la ineficacia, 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 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	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los 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 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 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".

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 explícita 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. 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. Corno 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."

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

"3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?

Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.

Luego, ***lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.***

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición.

(...)".

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,** ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: i) la activa se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del entonces I.S.S., pues obra historia laboral en la que se da cuenta que cotizó a tal régimen desde el 1 de agosto de 1995 (fls. 34 y 35); ii) que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la Horizonte Pensiones y Cesantías (hoy Porvenir S.A.) el día 5 de noviembre de 1997 (fl.135), que posteriormente se trasladó a la **A.F.P. PORVENIR S.A.,** el 26 de mayo de 1999 (fl.136) y; iii) que solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el día 27 y 28 de diciembre de 2018 ante la. **A.F.P. PORVENIR S.A.,** y Colpensiones (fls. 49 a 52), respectivamente, pero le fue negada tal posibilidad por las tales accionadas (fls. 53 a 55).

A folio 135 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 5 de noviembre de 1997 con HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó de forma 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 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 la correspondiente AFP en la libertad de usar cualquier 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; al respecto, debe decirse que la actora en su interrogatorio de parte se limitó a exponer que el asesor de Horizonte Pensiones y Cesantías comentó sobre algunas de las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, especialmente la posibilidad de pensionarse con una mesada mejor y a una edad más temprana en contraste con el régimen de prima media, lo que es insuficiente para tener por confesa a la demandante y en consecuencia considerar que se acreditó el deber de información, dado que no se encuentra que se le hubiera explicado la forma cómo podría acceder a tal beneficio ni mucho menos las desventajas que le acarrearía trasladarse de régimen, por demás que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

En cuanto 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, la aplicación de dicho principio del derecho no descarta la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado a la afiliada la información clara, cierta y oportuna 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, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información

[1] SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

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 citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

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

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

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

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro 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."

Por las razones anteriormente expuestas la Sala no encuentra acierto en la decisión del A Quo, por lo que REVOCARÁ la sentencia apelada y, en consecuencia, se DECLARARÁ LA INEFICACIA del acto de traslado de María Claudia Rodríguez Montaño del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de Horizonte Pensiones y Cesantías el día 5 de noviembre de 1997 y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte.

VALORES A DEVOLVER POR PARTE DE LA AFP COMO CONSECUENCIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

Como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de traslado, resulta consecuente ordenar el reconocimiento y pago de la totalidad de los rubros que recibió la AFP, tales como aportes, rendimientos y gastos de

administración. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, 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, se CONDENARÁ a la **A.F.P. PORVENIR S.A.,** a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora al régimen de prima media, tales como aportes, rendimientos, costos cobrados por concepto de administración, bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció el accionante en dicho régimen.

En igual sentido, se CONDENARÁ a Colpensiones a recibir todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la accionante; a reactivar de

manera inmediata su afiliación al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad; y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

PRESCRIPCIÓN.

En lo que respecta a la excepción de prescripción, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal 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 improcedente 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".*

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en ambas instancias a cargo de las demandadas.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia de origen y fecha conocidos, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión. En su lugar se dispone:

A. DECLARAR LA INEFICACIA del acto de traslado de María Claudia Rodríguez Montaño del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de Horizonte Pensiones y Cesantías, el día 05 de noviembre de 1997 y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten.

B. CONDENAR a la **A.F.P. PORVENIR S.A.,** que proceda a trasladar a Colpensiones de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por María Claudia Rodríguez Montaño y sus empleadores, tales como, aportes, rendimientos, bono pensional, cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció el accionante en dicho régimen.

C. CONDENAR a Colpensiones a recibir los valores enunciados en literal c) de la presente providencia; a reactivar de manera inmediata la afiliación de María Claudia Rodríguez Montaño al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

D. DECLÁRENSE NO PROBADAS las excepciones planteadas por las accionadas.

SEGUNDO. – Costas en ambas instancias a cargo de las demandadas.

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
Aclaro Voto!

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de $450.000- a cargo de las demandadas.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 1 de septiembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que SANTOS OLMEDA BAUTIZA GUAYACÁN promoviese contra COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, a partir del 27 de diciembre de 2013, intereses moratorios e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta: 1) Nació el 8 de abril de 1966; 2) Cotizó al I.S.S. 466 semanas entre el 1 de junio de

1990 y el 31 de agosto de 2011; 3) Colpensiones valoró su pérdida de capacidad laboral en un 70,12% con fecha de estructuración 27 de diciembre de 2016; 4) La fecha de estructuración fue variada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, fijándola ésta última en el día 27 de diciembre de 2013; y 5) El 16 de noviembre de 2018 solicitó pensión de invalidez, pero le fue negada mediante Resolución SUB 67263 de 2019.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

COLPENSIONES (fls. 51 a 60), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, y la innominada o genérica.

Expuso que la norma a aplicar es la de la fecha de ocurrencia del siniestro, esto es, la Ley 860 de 2003; y que el actor no acredita el requisito de 50 semanas contemplado en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, para que tenga derecho a una pensión de invalidez, por cuanto tan solo acredita 32,57 semanas, entre el 27 de diciembre de 2010 y el 27 de diciembre de 2013.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Clausurado el debate probatorio, el juez de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 1 de septiembre de 2020, en la que dictó sentencia **absolutoria.**

En síntesis, refirió que está acreditado que el accionante presenta una pérdida de capacidad laboral del 70,12% con una fecha de estructuración del 27 de diciembre de 2013; que por lo anterior, el régimen que el resulta aplicable para realizar el conteo de semanas es la Ley 860 de 2003; y que el actor no acredita 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración, pues solo reporta 34,86 semanas.

Concluyó indicando que en consideración al principio de la condición más beneficiosa, es dable acudir a la norma inmediatamente anterior, Ley 100 de 1993 en su redacción original; que el demandante al no presentar cotizaciones a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003, debía acumular 26 semanas dentro del año que antecede a dicha data, requisito que no acredita pues no presenta ninguna cotización durante tal periodo; y que no es posible aplicar de forma plusultractiva las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, por demás que no acumula 150 semanas dentro de los seis años inmediatamente anteriores al 1 de abril de 1994 ni 300 semanas en cualquier tiempo.

4. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 22 de febrero de 2021, se admitió el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas al afiliado, se verificará la sentencia proferida por el juez de primer grado.

III. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que el problema jurídico se circunscribe a determinar si al actor le corresponde el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez.

Para iniciar, lo primero por recordar es que las leyes en materia laboral son de orden público, y por tanto, rigen a partir de su vigencia, al tener efecto general inmediato, por lo que no tienen consecuencias retroactivas sobre situaciones ya definidas o consumadas conforme a leyes anteriores.

En asuntos de pensiones de invalidez, por regla general, la norma que regula el derecho a dicha prestación es la vigente al momento de la estructuración de la invalidez del afiliado.

Por lo anterior, teniendo en cuenta la data de la estructuración de la invalidez, la norma que gobierna el asunto es el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, que indica:

> "**ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ.** <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrá derecho a la pensión de *invalidez* el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado *inválido* y acredite las siguientes condiciones:
>
> 1. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> *Invalidez* causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración ~~y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.~~
>
> 2. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> *Invalidez* causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma,~~y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.~~ (...)"

No obstante, en los eventos en que el afiliado no acredita la densidad de cotizaciones en esta normativa, de manera excepcional se ha admitido

que es dable acudir al régimen inmediatamente anterior, en virtud del principio de la condición más beneficiosa.

Frente a este principio dijo la Corte Constitucional en la sentencia **SU-442 del 18 de agosto de 2016** dijo que:

> "Con estos fundamentos puede caracterizarse este principio en pensiones de invalidez como un derecho constitucional, en virtud del cual una solicitud de reconocimiento pensional puede examinarse conforme a la condición más beneficiosa prevista en normas anteriores a la vigente al estructurarse una pérdida de 50% o más de capacidad laboral, en la medida en que la persona se haya forjado una expectativa legítima en vigencia de la normatividad anterior, y en que la reforma de esta última no se haya acompañado de un régimen de transición constitucionalmente aceptable. En la jurisprudencia se ha aplicado precisamente a la pensión de invalidez tras observar que la sucesión de regímenes y normas aplicables al aseguramiento de este riesgo ha estado desprovista de esquemas para la transición que protejan las expectativas legítimas. Tomando desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, se advierte que la pensión de invalidez se ha regido por tres esquemas normativos diferentes y sucesivos: el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, (...) el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 (...) ; y finalmente la Ley 860 de 2003, actualmente en vigor, que exige constitución de la invalidez y 50 semanas en los 3 años anteriores a la misma. Ninguna de estas reformas ha contemplado un régimen de transición para la pensión de invalidez que garantice las expectativas legítimas, por lo cual es dable aplicar en concreto la condición más beneficiosa las disposiciones anteriores a quienes se las hayan forjado mientras estuvieron vigentes".

Para la Corte Constitucional, el principio de la condición más beneficiosa no se restringe exclusivamente a admitir u ordenar la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la vigente, sino que se extiende a todo esquema normativo anterior bajo cuyo amparo el afiliado o beneficiario haya contraído una expectativa legítima, concebida conforme a la jurisprudencia.

Sin embargo, las reglas de interpretación del principio de la condición más beneficiosa utilizadas por la SCLCSJ son diferentes. En su jurisprudencia ha sentado que la aplicación del principio de la condición más beneficiosa tiene un campo de aplicación restrictivo, por lo que la Corporación limita sus efectos solamente a la norma derogada inmediatamente anterior y al cumplimientos de parámetros estrictos. Para el efecto ver la sentencia **CSJ SL4650 de 2017**, en la que se determinó que el principio de la condición más beneficiosa:

> "[...] es un mecanismo que: (i) busca minimizar la rigurosidad propia del principio de la aplicación general e inmediata de la ley; (ii) protege a un grupo poblacional con expectativa legítima, no con derecho adquirido, que goza de una situación jurídica concreta, cual es, la satisfacción de las semanas mínimas que exige la reglamentación derogada para acceder a la prestación que cubre la contingencia de la invalidez; y (iii) al ser excepcional, su aplicación, necesariamente, es restringida y temporal. Procede cuando se predica la aplicación del régimen inmediatamente anterior al vigente al momento del deceso del causante o de la estructuración de la invalidez según corresponda, el juez no puede hacer un ejercicio histórico sobre normas que regulan la materia."

De acuerdo con lo anterior, en la aplicación restringida y temporal, inherente al carácter excepcional del principio de la condición más beneficiosa como protector de expectativas legítimas, se concretan dos condiciones o limitantes a la posibilidad de acudir a regímenes anteriores; la primera, como se ha esbozado, es que solamente puede consultarse la regulación inmediatamente anterior a la vigente al momento de la estructuración de la invalidez, y la segunda, es que ello únicamente puede hacerse dentro de un plazo determinado. De no ser así, se desfiguraría la finalidad del principio al amparar cualquier clase de expectativas, aún cuando éstas no sean legítimas, y se petrificaría desproporcionadamente un régimen expresamente derogado, en franco desconocimiento de la libertad regulatoria que le asiste al legislador y de la sostenibilidad financiera del sistema, como garantía superior de los afiliados, de la que depende la estabilidad institucional y normativa que se procura amparar.

Conteste con los anteriores postulados, en la **sentencia CSJ SL 2358 de 2017**, el órgano de unificación jurisprudencial de ésta especialidad, precisó las reglas para la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, señalando que:

> "(...) Entonces, algo debe quedar muy claro. Solo es posible que la Ley 860 de 2003 difiera sus efectos jurídicos hasta el 26 de diciembre de 2006, exclusivamente para las personas con una expectativa legítima. Con estribo en ello se garantiza y protege, de forma interina pero suficiente, la cobertura al sistema general de seguridad social frente a la contingencia de la invalidez, bajo la égida de la condición más beneficiosa. Después de allí no sería viable su aplicación, pues este principio no puede convertirse en un obstáculo de cambio normativo y de adecuación de los preceptos a una realidad social y económica diferente, toda vez que es de la esencia del sistema el ser dinámico, jamás estático. Expresado en otro giro, durante dicho periodo (26 de diciembre de 2003 – 26 de diciembre de 2006), el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos con venero en el principio de la condición más beneficiosa para las personas con expectativa legítima, ulterior a ese día opera, en estrictez, el relevo normativo y cesan los efectos de este postulado constitucional.
>
> No puede la Corte pasar por alto que esta franja de tres años, a más de tornarse razonable y proporcional favorece, a quienes tenían dicha situación concreta al momento del tránsito legislativo."

En síntesis, conforme la jurisprudencia de la CSLCSJ las personas que hubieren adquirido la condición de invalidez en vigencia de la Ley 860 de 2003, pueden beneficiarse del principio de la condición más beneficiosa, siempre y cuando esta se haya consolidado a más tardar el 26 de diciembre de 2006, en tal caso, acudiendo a las previsiones de la Ley 100 de 1993, por ser el régimen inmediamente anterior.

Adicionalmente, en sentencia posterior, la Corte Constitucional unificó su jurisprudencia con la expedición de la **SU 556 de 2019**, para establecer que la regla fijada en la Sentencia SU-442 del 2016, solo es aplicable a los afiliados tutelantes en situación de vulnerabilidad, en tanto

solo respecto de estas personas es evidente una afectación intensa a sus derechos fundamentales.

Esta decisión fue adoptada luego de concluir que las reglas señaladas en la Sentencia SU-442, dejan de considerar aspectos relevantes, como: i) la viabilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, en condiciones de universalidad e igualdad respecto de todos los afiliados; ii) la competencia prevalente del juez ordinario para resolver controversias que suponen la aplicación del principio de la condición más beneficiosa y iii) la prioridad de las personas en situación de vulnerabilidad para que sus pretensiones de protección de derechos fundamentales sean atendidas por el juez constitucional y no por el juez ordinario laboral.

Por eso, decidió – la Corte Constitucional - armonizar ese contenido con lo dispuesto en la Sentencia SU-005 del 2018, en la que, si bien se limita a escenarios en donde se discute la pensión de sobrevivientes, se tienen en cuenta todos los escenarios que conducen a garantizar el derecho fundamental de la seguridad social, por lo que dispuso aplicar el "test de procedencia" señalado en la SU 005 de 2018 a los casos de pensión de invalidez en aras a la resolución del asunto en aplicación de la condición más beneficiosa, estimando que "solo respecto de personas en situación de vulnerabilidad, esto es, aquellas que satisfacen las exigencias del "test de procedencia" resulta razonable y proporcionado interpretar el principio de la condición más beneficiosa en el sentido de aplicar de manera ultractiva las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 en lo que respecta a la exigencia de densidad de semanas de cotización, a pesar de que su condición de invalidez se hubiere estructurado en vigencia de la Ley 860 de 2003"

De hecho, al referirse a la forma como en la actualidad la Sala de Casación laboral de la CSJ aborda la aplicación del principio de la condición más beneficiosa a partir de la **SL4650 de 2017** expresó que: *"esta postura no es prima facie manifiestamente inconstitucional ni desconoce el principio de la condición más beneficiosa, pues su aplicación se ha fundamentado en la interpretación general que respecto de tal principio ha hecho la jurisprudencia constitucional."*.

Por lo anterior esta Sala se acoge a la jurisprudencia que en la actualidad impera en la materia, al ser compartida por los órganos de cierre, tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción ordinaria.

Caso concreto

De lo probado en el proceso

i) Santos Olmeda Bautiza Guayacán nació el 8 de abril de 1966 (fl.43).

ii) Colpensiones calificó la pérdida de capacidad laboral del actor en un 70,12% con fecha de estructuración 27 de diciembre de 2016 (fls. 17 a 21).

iii) La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca calificó la pérdida de capacidad laboral del demandante en un 70,12% con fecha de estructuración del 28 de septiembre de 2015 (fls. 24 a 26).

iv) La Junta Nacional de Calificación de Invalidez calificó la pérdida de capacidad laboral del demandante en un 70,12% **con fecha de estructuración del 27 de diciembre de 2013** (fls. 32 a 37).

v) El demandante acumula **466,43** semanas Colpensiones, de las cuales **18,71** semanas, se cotizaron dentro de los tres años anteriores al 27 de diciembre de 2013, fecha de estructuración (fls. 61 a 68).

vi) El 16 de noviembre de 2016, el actor solicitó pensión de invalidez, empero le fue negada mediante Resolución SUB 67263 de 2019 (fls. 40 a 42).

Previo a entrar en el análisis debe advertir la Sala que, contrario a lo indicado por el A Quo en la parte motiva de su sentencia, el demandante acredita en su historia laboral y concretamente en los últimos 3 años anteriores a la invalidez la suma de 18.71 semanas y no 34.86, como lo dijo el fallador de la primera instancia. Lo anterior, pues revisada en minucia la historia laboral se observan los siguientes tiempos: marzo de 2011, 1,43 semanas; abril a julio de 2011, 17,14 semanas; y agosto de 2011, 0,14 semanas; no hay tiempos con posterioridad, y el tiempo anterior a marzo de

2011 es de octubre de 2010; recuérdese que se contabilizan las semanas entre el 27 de diciembre de 2010 y el 27 de diciembre de 2013.

Conforme al acervo probatorio narrado, es claro que el demandante no acredita el requisito de 50 semanas para ser beneficiario de una pensión según las voces del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, por lo que se procede a verificar si hay lugar a la aplicación de la condición más beneficiosa.

Al respecto, encontramos que el accionante para el momento del cambio normativo, esto es, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003, 26 de diciembre de 2003, no se encontraba cotizando según historia laboral obrante a folios 61 a 68, por lo que conforme al criterio de la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia, sentencia SL2577-2020, debía acreditar los siguientes requisitos:

a) Que al 26 de diciembre de 2003 el afiliado no estuviese cotizando.
b) Que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2002.
c) Que la invalidez se produzca entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006.
d) Que al momento de la invalidez no estuviese cotizando, y
e) Que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede a su invalidez.

Verificados los anteriores presupuestos y aplicándolos al caso bajo estudio, no se encuentra que el accionante hubiera acumulado 26 semanas entre el 26 de diciembre de 2002 y el 26 de diciembre de 2003, pues durante tal periodo, no acredita semana alguna. Igualmente, la invalidez no se produjo entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006, pues como quedó dicho, la fecha de estructuración de la invalidez que padece el accionante data del 27 de diciembre de 2013.

En el particular, se tiene que la invalidez del señor **BAUTIZA GUAYACÁN**, se estructuró el 27 de diciembre de 2013, cuando ya había operado el tránsito legislativo a la Ley 860 de 2003 y habían transcurrido

casi nueve (9) años desde su entrada en la vigencia, lo cual significa que, el límite temporal fijado jurisprudencialmente para habilitar la aplicación del principio de la condición más beneficiosa fue excedido ampliamente y por lo mismo, improcedente resulta aplicarlo al caso concreto.

Así las cosas, acertó el juzgador de primer grado al concluir que el principio de la condición más beneficiosa no puede ser aplicado por no cumplirse la condición de temporalidad que habilita su procedencia, razones por las cuales la Sala **CONFIRMARÁ** la sentencia revisada en consulta.

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 de origen y fecha conocidos, conforme las motivaciones expuestas en la parte motiva de esta 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