

Código Único de Identificación: 11001310500320190035501

Demandante: **RUTH LÓPEZ ARANGUREN**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. 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 (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 010

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 apoderado sustituto de Colpensiones al Dr. MICHAEL CORTAZAR CAMELO, identificado con C.C. No. 1.032.435.292 y T.P. No. 289.256 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a él conferido.

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 1º 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 a estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de esta última la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, el 23 de septiembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que RUTH LÓPEZ ARANGUREN promoviese

Demandante: **RUTH LÓPEZ ARANGUREN**

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

contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

III. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la “nulidad” y/o ineficacia del traslado de efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada a través de Colfondos S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a las AFP COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., devolver a COLPENSIONES los aportes y todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, y sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que estuvieron en poder de la administradora, y a Colpensiones, a recibir dichos dineros.

Como fundamento de sus pretensiones, narra los siguientes hechos:

1) Nació el 16 de agosto de 1967; 2) Se vinculó con el régimen de prima media administrado por el extinto ISS, donde cotizó del 1° de abril de 1986 al 31 de diciembre de 1994; 3) A partir del 16 de enero de 1995 efectuó traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Colfondos S.A., posteriormente al fondo Colmena – ING el 13 de agosto de 1996 (hoy Protección S.A.) y el 14 de diciembre de 2000 a Porvenir S.A., fondo en el que se encuentra actualmente; 4) La solicitud de traslado efectuada al fondo privado no obedeció a una verdadera, libre y plena manifestación de la voluntad; 5) El asesor de Colfondos S.A. no le suministró la información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta para su traslado; 6) Mediante derecho de petición presentado ante Colpensiones el 24 de abril de 2019, se efectuó la reclamación administrativa.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 133- 143), se opuso a las pretensiones contra esta incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y la declaratoria de otras excepciones.

Indicó que el ISS, en su momento, y ahora Colpensiones, siempre han actuado de buena fe, frente a las personas que a esta acuden en calidad de usuarios o afiliados y en desarrollo del artículo 83 de la Constitución.

Adujo que, revisada la historia laboral de la demandante se evidencia que presenta un traslado al régimen de ahorro individual administrado por Colfondos S.A., en el año de 1995 lo que significa que, a la fecha, el traslado efectuado tiene plena validez y respecto de la nulidad del contrato alegada por la actora, esto deberá probarse en el desarrollo del proceso.

Señaló que la accionante nació el 16 de agosto de 1967, lo que significa que cuenta con más de 50 años de edad, encontrándose en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y que no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que su traslado al régimen de prima media no es procedente.

PROTECCIÓN S.A. (fls. 154-171), se opuso a las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó validez de la afiliación a Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada o genérica.

Adujo que esa entidad tiene establecido un procedimiento de capacitación dirigido a los asesores comerciales, el cual consiste en darles todas las herramientas e información necesaria para que estén en capacidad de darla a conocer a los posibles afiliados que soliciten su traslado de régimen o de administradora, sobre las características propias del RAIS y el RPM, garantizando que estos tomen la decisión con información objetiva, veraz, suficiente y oportuna.

Refirió que el demandante suscribió formulario de afiliación el 13 de junio de 1997, mediante el cual solicitó su traslado de administradora y que **PROTECCIÓN S.A.** entregó información objetiva al accionante sobre los dos regímenes pensionales y la comparación entre estos, con el fin de que tomara una decisión libre, voluntaria e informada, apreciando las ventajas y desventajas de los mismos, decidiendo solicitar su traslado a esta administradora.

Expuso que el formulario de afiliación previsto por esa entidad y suscrito por el demandante al momento de vincularse, se ajusta a la ley y contiene la información requerida para el efecto.

Mencionó que, en este caso no se está frente a la ineficacia de la afiliación de la demandante, pues es claro que ella expresó su voluntad de traslado, contando para el efecto con toda la información que requería, de tal manera que se está frente a un negocio jurídico válido, en el cual confluyeron todos los elementos requeridos para su validez y existencia.

Arguyó que además, no estamos frente a un vicio del consentimiento representado en la fuerza o el dolo, el cual debe ser demostrado, refiriendo la demandante haber incurrido en error al no recibir la adecuada información por parte de PROTECCIÓN S.A. en su traslado de administradora dentro del RAIS y por ello, es de indicar que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, tal y como lo establece el artículo 1509 del Código Civil.

Concluyó mencionando que, si en gracia de discusión se llegara a la conclusión de que la vinculación de la demandante al RAIS ocurrió por error y dolo, y por lo tanto se encontraba viciada de nulidad relativa, cualquier declaración al respecto estaría prescrita conforme lo dispone el artículo 1750 del Código Civil.

COLFONDOS S.A. (fls. 180), se allanó a las pretensiones de la acción conforme lo dispuesto en el artículo 98 del CGP, a excepción de la condena en costas, por no presentar oposición.

PORVENIR S.A. (fls. 210-246) 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 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, 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 relativa 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 activa suscribió solicitudes de vinculación (documentos públicos), en los que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documentos que se presumen auténticos 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.

Concluyó diciendo que, a la fecha en que el 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 la ineficacia del traslado de la demandante Ruth López Aranguren del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el otrora Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en su momento por Colfondos S.A., realizado el 16 de diciembre de 1994, con efectividad a partir del 1° de enero de 1995, así como la ineficacia del traslado horizontal posterior realizado entre fondos, incluido el último de Protección S.A. a Porvenir S.A., el 14 de diciembre de 2000, para entender vinculada a la demandante, en forma válida al régimen solidario de prima media administrado por Colpensiones, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones todos los valores que recibió con motivo del traslado de la demandante Ruth López Aranguren por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros e intereses causados, conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, aceptar el traslado de los dineros que efectúe Porvenir S.A., para que proceda a activar la afiliación de la demandante Ruth López Aranguren, como si nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral del demandante en semanas de tiempo cotizado.

CUARTO: Declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, conforme lo considerado en la parte motiva. (...)”

En síntesis, expuso que al momento del traslado inicial de la demandante existía una norma que obligaba a las AFP a brindar una información suficiente, amplia y oportuna al momento de la afiliación y durante toda la vinculación, así lo establecía el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que consagra expresamente las obligaciones de los promotores, los cuales debían suministrar información suficiente, amplia y oportuna a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación, y con ocasión de las prestaciones a que tenga derecho el afiliado.

Expuso que la normatividad en cita, posteriormente fue interpretada en su alcance por la doctrina del precedente vertical, no solo en lo referente a la obligación, sino a la carga de la prueba, desde la sentencia del 9 de septiembre de 2008 con radicado No. 31989, cuando se precisó que el engaño no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, de tal manera que ello se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

Que lo anterior, indicó, fue reiterado en la sentencia del 14 de noviembre de 2018 con radicado No. 54814, que la sentencia SL 1421 de 2019 señaló que la actuación viciada del traslado de régimen no se convalida por los traslados entre administradoras dentro del RAIS, pues la decisión de escoger entre una u otra administradora dentro del RAIS no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen.

Expuso que, durante el debate probatorio Colfondos S.A. no logró demostrar que al momento del traslado de la demandante se le hubiere brindado esa información completa, veraz, oportuna, particularizada y concreta sobre las características de uno y otro régimen y la comparación entre estos.

4. APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Adujo que, si bien es cierto el pleito se centró en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, el problema jurídico se limita a determinar la existencia del error como vicio del consentimiento en este negocio y de allí deriva los conceptos pretendidos, en tal evento, es conocida la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en cuanto al examen que determina la obligación de información a cargo de las AFP, la diligencia del formulario de afiliación y la carga de la prueba en tales eventos.

Frente a la carga probatoria, expuso, que el examen realizado al formulario de afiliación, como cumplimiento de la obligación de información, deja claro que la obligación, diligencia y guarda del formulario de afiliación no es un capricho o una estrategia judicial de esa entidad, ya que dicho

documento se establece necesario y elemental como prueba en el marco de las afiliaciones del régimen pensional por lo que se estructura como una prueba ad substantiam actus, como figura en el artículo 256 del CGP, por lo que la interpretación que se le debe dar a este elemento material no es al arbitrio judicial, sino que es un imperativo de ley, debiéndose limitar el juez a dicho límite mientras se encuentre vigente la norma o conozca disputas regidas en su tenor literal.

Dijo que, en cuanto a la obligación de información a cargo de las AFP, es un elemento que no debería ser ni analizado ya que el ordenamiento jurídico no lo desconoce, lo que ocurre es una tergiversación de dicha obligación ya que ese deber de información ha aumentado su exigencia, pues se pasó de un deber de información necesaria, a la asesoría y buen consejo, para terminar con la doble asesoría; refiere que esa tergiversación no se escapa a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, pues es su jurisprudencia la que establece que las AFP debían alcanzar a plenitud el conocimiento de sus afiliados respecto de las consecuencias que trae el cambio de régimen pensional sobre la base de las disposiciones contenidas en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y que las AFP debían suministrar la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones realizadas para que la decisión adoptada se erija en juicios claros y objetivos que propendan por las mejores condiciones de mercado, así como brindar la información de las características, condiciones, acceso y servicio de cada uno de los regímenes pensionales para que el afiliado tomara una decisión válida.

Adujo que en el interrogatorio de parte de la demandante, esta manifestó que la información suministrada por los asesores fue para ella clara y suficiente, por lo que no necesito hacer preguntas adicionales en el momento inicial de la asesoría con COLFONDOS S.A., también manifestó que la duración de esa asesoría fue de una hora, pese a lo cual, la información que dio en el interrogatorio fue muy corta, y no por ello quiere decir que la información que se le brindó en una hora de asesoría no haya sido clara, completa y comprensible, cumpliendo las exigencias que tenían las AFP para la época en que se dio la afiliación en el año 1994, sin embargo la demandante manifestó que ello acaeció en el año 1995 olvidando la época en la cual firmó su formulario, por lo que se pregunta, ¿que considera la magistratura como una información que le permita al afiliado conocer la lógica de los sistemas pensionales?, porque no basta hacer alusiones genéricas cuando ni siquiera el juzgador tiene que ir a la deducción de los términos empleados.

Indicó que, en el presente caso, llama la atención que se pretende hacer valer como única prueba el formulario de afiliación, cuando se demostró en el proceso que además del elemento documental existen otros elementos probatorios que demuestran la existencia y profundizan en el análisis del caso, inclusive el interrogatorio de parte rendido por la demandante, de donde se extrae la información que ella misma da al rendir dicha diligencia, en la cual manifestó que no recordaba con exactitud cual era la información brindada, manifestó que la firma se dio en el año 1995, también que su inconformidad

Código Único de Identificación: 11001310500320190035501

Demandante: **RUTH LÓPEZ ARANGUREN**

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

principal no fue que no se le hubiera brindado una información clara, completa y comprensible al momento de firmar el formulario de afiliación sino que está inconforme con el monto de la mesada pensional que va a recibir, la cual no llena sus expectativas actuales.

Adujo, frente a la orden de devolución de todos los valores a cargo de esa entidad, que no hay lugar a la devolución de los valores por gastos de administración, porque son valores que no pertenecen a los afiliados en ninguno de los dos regímenes y no financian la pensión de vejez, no son parte integral de esta, por lo que están sujetos a la prescripción de que tratan los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

Al respecto, indicó, la Superintendencia Financiera, mediante concepto No. 15122169003 del 2020 indicó en forma expresa, que en los eventos de reconocer la nulidad o ineficacia del traslado lo único que ha de retornar son los valores relacionados a aportes de la cuenta de ahorros del afiliado, sin que proceda la devolución de la prima de seguro provisional, en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza y tampoco la comisión por los gastos de administración.

COLPENSIONES

Indicó, en primer lugar, frente al interrogatorio de parte de la demandante, que el despacho de primer grado hace consideración a los elementos cualificativos o los que dan origen a una confesión, por lo que debe tenerse en consideración que la confesión busca que una persona haga manifestaciones que puedan ser benéficas para la contraparte, más, de lo que se puede obtener de un interrogatorio es que una persona acepte libremente, luego, las características que ella asume no pueden entenderse per se por la salvaguarda de un derecho fundamental como puede ser la autoincriminación, y sobre el particular, de que todas las circunstancias que ella manifieste no pueden ser contrarias a ella por la salvaguarda de sus derechos.

Refirió que, lo que se invoca en el recurso es que la demandante en el escrito de la demanda hace una serie de manifestaciones que en el interrogatorio rendido no fueron consecuentes, en primer lugar, en la demanda dice que los asesores de la AFP en ningún momento le dieron asesoría y en el interrogatorio dijo los elementos básicos como una pensión mayor, una edad inferior y la finalización del ISS y sobre estas características solicita se tenga en cuenta un yerro jurídico, pues llama la atención que en el interrogatorio la demandante dijo que la asesoría fue de una hora y mencionó los 3 elementos antes referidos, cuya explicación no dura una hora, además, ella hace alusiones a “nos dijeron”, “nos comentaron” y sobre ello en ningún momento dijo que se iba a pensionar a una edad en uno u otro régimen, tampoco se evidenció que la parte hubiera hecho manifestaciones sobre una

mesada superior, cual fue la que le proyectaron en su momento y no existe prueba ni siquiera sumaria para efectos de acreditar hasta que punto le dijeron de una mesada superior, incluso la demandante alude a que el ISS no se acababa, y ¿eso es un elemento invalidante del negocio?, no se considera así.

Solicita, se tenga en cuenta que, si bien COLFONDOS S.A. se allanó a la demanda, deben revisarse las repercusiones o frente a qué se allanó y hay que observar dentro de la demanda el numeral 8 que dice que la AFP no cumplió con la buena fe, existiendo unas consecuencias jurídicas, conllevando a que el negocio jurídico no es solamente de COLFONDOS S.A. o COLPENSIONES, también es de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., por cuanto en los documentos del SIAFP se evidenció la existencia de traslado válidos, por lo que, si bien existe la facultad de allanarse a la demanda, no es que pueda hacerse de forma fraccionada, máxime cuando ello conlleva consecuencias para Colpensiones, como es el hecho que deberá asumir todas las cargas prestacionales de la actora y ello porque COLFONDOS S.A. se allanó.

Expuso que, en lo que tiene que ver con el daño antijurídico, este se puede observar por cuanto no se encuentran pruebas de circunstancias invalidantes o que declaren la ineficacia de un negocio jurídico, pero sí al presumir o aplicar de forma analógica la jurisprudencia en casos que son diferentes a los que son aplicables para este caso concreto, con ello se está causando un daño antijurídico a Colpensiones, por cuanto tendrá que asumir una carga de un negocio en el que no participó.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 09 de noviembre 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 la demandante y las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, quienes reiteraron lo expuesto en la demanda y 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	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

	laborales y autonomía personal	
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 explicita así:

Demandante: **RUTH LÓPEZ ARANGUREN**

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

“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.”

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.

EL CASO EN CONCRETO:

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 01/04/1986 (fl 132); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 16/01/1995 a través de la A.F.P COLFONDOS S.A (fl 37); **iii)** posteriormente efectuó traslado dentro del mismo régimen a la AFP Colmena - ING (hoy Protección S.A.) el 13/08/1996 (fl. 49 y 166) y luego a Porvenir S.A. el 14/12/2000 (fl. 65 y 238), y **iv)** que los días 03, 11 y 15 de abril de 2019 (fls. 15, 25, 35, 38, 46, 53) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

Pues Bien. A folio 37 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 16/01/1995 con la AFP Colfondos S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala 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 los fondos privados 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.

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

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 reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que la accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento, lo que da al traste con el argumento expuesto por PORVENIR S.A. al sustentar su recurso.

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 el *a quo*, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad.

Código Único de Identificación: 11001310500320190035501

Demandante: **RUTH LÓPEZ ARANGUREN**

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

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, no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los gastos de administración y comisiones que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, razón última por la que, en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES se ADICIONARÁ la sentencia del A Quo, en el sentido de ORDENAR a las AFP accionadas la devolución de los gastos de administración, comisiones y cualquier otro recibido, debidamente indexado.

En cuanto al argumento expuesto por las apelantes PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, referente a lo dicho por la accionante en su interrogatorio de parte, en el cual, a juicio de estas entidades, se demuestra que fue asesorada e informada, se remite la Sala a lo expuesto en dicha diligencia, en donde la señora López Aranguren manifestó que:

- Lo que los asesores les vendieron fue un beneficio, que era lo mejor para ellos porque se iban a pensionar más jóvenes;
- La pensión iba a ser más alta;
- El ISS se iba a acabar, por lo que no había certeza sobre su futuro pensional, por lo que era mejor estar en el fondo privado;

Manifestaciones estas que, si bien dan cuenta de algunas características que corresponden a particularidades propias del RAIS, no cumplen con los presupuestos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia para que se tenga como cumplido el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones y menos aún desprenden confesión que pueda perjudicar a la demandante.

De otro lado, atendiendo el argumento expuesto por COLPENSIONES al momento de sustentar su recurso, el cual hace referencia a las consecuencias que generan para dicha entidad fallos como el que ahora ocupa nuestra atención, es menester hacer referencia al principio de la relatividad jurídica, figura que es propia del derecho civil, y la cual 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 1182-2016² (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 alios 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

² Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

³ Ibídem.

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.”

Así las cosas, atendiendo el mentado principio, si bien Colpensiones no tuvo injerencia en el negocio realizado entre la demandante y la AFP, siendo Colpensiones un tercero, el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, como sucede en este asunto, al no ser el principio aludido absoluto.

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”.*

Finalmente, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

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,**

Código Único de Identificación: 11001310500320190035501

Demandante: **RUTH LÓPEZ ARANGUREN**

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a las AFP accionadas la devolución de los gastos de administración, comisiones y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

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

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!

Código Único de Identificación: 11001310500320190040601

Demandante: **IGNACIO NIETO CAMACHO**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. 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 (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 010

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 apoderado sustituto de Colpensiones al Dr. MICHAEL CORTAZAR CAMELO, identificado con C.C. No. 1.032.435.292 y T.P. No. 289.256 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a él conferido.

TERCERO: 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 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 Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, el 7 de

septiembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que IGNACIO NIETO MACHADO promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

III. **ANTECEDENTES**

1. Hechos y pretensiones

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 el 19 de septiembre de 1996.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, es decir con los rendimientos que hubieren causado; y a esta última a recibirlo como afiliado.

Como fundamento de sus pretensiones, expuso los siguientes hechos:

1) Nació el 8 de diciembre de 1956; 2) El 30 de noviembre de 1986 se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS; 3) Continuó cotizando al ISS hasta el 19 de septiembre de 1996, fecha en la cual se trasladó a Colfondos S.A.; 4) Posteriormente, en el mes de agosto de 1999 cotizó a Colpatria, luego el 15 de febrero de 2000 se trasladó a Porvenir S.A., el 23 de enero de 2004 se vinculó a Protección S.A. y finalmente se trasladó a Porvenir S.A., fondo al que se encuentra afiliado; 5) Al momento de su afiliación a los fondos privados, no se le manifestó el monto del capital requerido para obtener una pensión en renta vitalicia y retiro programado, tampoco se le indicó el plazo con el que contaba para retornar al régimen de prima media, no le fue elaborada una proyección de la pensión; 6) Los formularios de afiliación por él firmados, no presentan la información clara, suficiente y concisa que le permitiera tomar la mejor decisión respecto de su perspectiva pensional; 7) Diligenció el formulario de traslado de régimen con radicado No. 2019_2214685 del 19 de febrero de 2019, ante Colpensiones, entidad que rechazó la solicitud, mediante oficio No. BZ2019_2226988; 8) El 15 de mayo de 2019 presentó reclamación administrativa ante Porvenir S.A., entidad que negó su solicitud con documento radicado con el No. 0100222098475900 del 24 de mayo de 2019.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

PROTECCIÓN S.A. (fls. 148-157), se opuso a las pretensiones contra esta incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la innominada o genérica.

Adujo que tratándose de aplicación de las normas jurídicas en el tiempo, es claro que la regla general es la irretroactividad de la ley, esto es, las normas jurídicas regulan situaciones futuras o posteriores a su promulgación, pues las situaciones consolidadas en el pasado serán reguladas por la norma anterior, por ello, sólo hasta la promulgación de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 del 2010, se estableció expresamente el deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones de asesorar e informar a sus consumidores financieros sobre los efectos, beneficios e inconvenientes de los regímenes pensionales.

Expuso que, no obstante la existencia del deber de asesoría, sólo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, es claro el deber legal de las administradoras de poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que le permitan conocer las consecuencias de su traslado, por lo que los traslados efectuados por fuera de la vigencia de estas disposiciones la asesoría podía no contener la ilustración correspondiente a la favorabilidad en cuanto al monto de la pensión.

Indicó que, para el caso del demandante, se puede observar que el traslado al RAIS fue realizado de manera libre y voluntaria en el año de 1999, fecha muy anterior a la entrada a vigencia de las normas citadas, por lo que no resulta válido imponer obligaciones a las AFP con base en normas inexistentes al momento del traslado.

Expuso que, una vez efectuado el traslado por el afiliado, este tuvo diferentes oportunidades en las que pudo regresar al régimen de prima media, sin que hubiese hecho uso de la facultad con la que contaba para hacerlo, tampoco hizo uso de la facultad establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, esto es el traslado cuando no le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad mínima requerida para acceder a la pensión de vejez, sino que por el contrario, optó por trasladarse en diversas oportunidades a diferentes AFP dentro del mismo RAIS, convalidando así su intención de permanecer a este régimen; además, tampoco optó por regresar al RPM en el periodo de gracia otorgado por el artículo 1° del Decreto 38010 de 2003.

Demandante: **IGNACIO NIETO CAMACHO**

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

Refirió que, si lo que pretende el demandante es que se declare la nulidad por un vicio del consentimiento, la misma se tendría que declarar a través de la nulidad relativa, la cual goza de 4 años para iniciar la respectiva acción rescisoria, plazo ampliamente superado en este caso.

COLFONDOS S.A. (fls. 158), se allanó a las pretensiones de la acción.

Adujo que, revisada la documental que reposa en la entidad, se concluyó que para la fecha de afiliación del demandante las asesorías se realizaban de manera verbal, por lo que no se cuenta con soportes físicos de la asesoría o de una proyección de cálculo actuarial efectuado al actor, que pueda demostrar que se le asesoró, brindándole la información matemática que le permitiera establecer un comparativo de mesada entre ambos regímenes.

Resalta que dicha información no reposa en la compañía porque para la fecha en que el demandante se afilió a Colfondos, no existía la obligatoriedad de conservar documentos diferentes al formulario de afiliación, que dieran fe de la asesoría explícita que se brindaba, máxime cuando la obligación para las AFP de conservar documentación diferente al formulario de afiliación nace con la expedición de la Ley 1748 de 2014 y la afiliación del acto se suscribió muchos años atrás a la expedición de esta norma.

PORVENIR S.A. (fls. 160-231) 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 el demandante se trasladó de régimen pensional, pues la decisión por él 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.

Menciona que, en este caso, no hay ninguna razón para considerar que el demandante no contara con la capacidad suficiente para dar su consentimiento en el acto de vinculación a la demandada 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 el 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 al actor.

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 rescisión del acto o contrato, pero no genera forzosamente la pérdida total de efectos del respectivo acto jurídico.

Expone que el actor, 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 vinculado 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, no extendió contestación a la presente acción.

3. SENTENCIA APELADA

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

“PRIMERO: Declarar la ineficacia del traslado del demandante Ignacio Nieto Machado del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el otrora Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado para ese entonces por Colfondos S.A., realizado el 18 de septiembre de 1996, con efectividad a partir del 1° de noviembre de la misma anualidad, así como los traslados horizontales posteriores realizados de Colfondos a Colpatria el 10 de junio de 1999, y de Colpatria a Porvenir, realizado el 15 de febrero de 2000, para entender vinculado al demandante, en forma válida

Demandante: **IGNACIO NIETO CAMACHO**

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

al régimen solidario de prima media administrado por Colpensiones, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones todos los valores que recibió con motivo del traslado del demandante Ignacio Nieto Machado por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros e intereses causados, conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, aceptar el traslado de los dineros que efectúe Porvenir S.A., para que proceda a activar la afiliación del demandante Ignacio Nieto Machado, como si nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral del demandante en semanas de tiempo cotizado.

CUARTO: Declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, conforme lo considerado en la parte motiva. (...)”

En síntesis, expuso que para la época del traslado de régimen del accionante estaba vigente el Decreto 692 de 1994, cuyo artículo 11 establecía que, efectuada la selección, el empleador debía adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora con el diligenciamiento de un formulario establecido para tal fin el cual debía contener los requisitos allí mencionados, encontrando que al revisar el formulario que pretendió el traslado, este no se diligenció en el acápite de beneficiarios, es decir el formulario no se realizó con el lleno de los requisitos establecidos en la norma, y la consecuencia de ello la trae la misma norma, esto es que no tendrá validez el formulario que se llene sin la totalidad de requisitos.

Adujo que, la misma Ley 100 de 1993 en su artículo 114 también establecía claramente para esa época los requisitos para el traslado de régimen, indicando que los trabajadores y servidores públicos que, en virtud de lo previsto en dicha norma, se trasladen por primera vez del RPM al RAIS deberán presentar a la respectiva AFP una comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre y espontánea y en ese orden de ideas, dicho escrito debe mirarse como una solemnidad inherente a la esencia del acto, haciéndolo imprescindible y en este caso también se echa de menos este requisito, lo que automáticamente conlleva a la ineficacia del traslado.

Expuso que, para el año de 1996 sí existía norma que obligaba a dar información, esto es el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que consagra expresamente obligaciones de los promotores, los cuales debían suministrar información suficiente, amplia y oportuna a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación durante toda la vinculación, normatividad que posteriormente fue interpretada en su

alcance por la doctrina del precedente vertical, no solo en lo referente a la obligación, sino a la carga de la prueba, desde la sentencia del 9 de septiembre de 2008 con radicado No. 31989, cuando se precisó que el engaño no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, de tal manera que ello se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

Lo anterior, expuso, fue reiterado en la sentencia del 14 de noviembre de 2018 con radicado No. 54814, en donde también se dijo que la simple firma del formulario no es suficiente y que en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la AFP deben allegar pruebas sobre los datos proporcionados a los afiliados, de suerte que esa obligación se encontraba en cabeza de las AFP, incluso desde la fecha de su fundación, como lo recordó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 8 de mayo de 2018, la cual se reiteró en sentencia con radicado 68852 del 09 de octubre del mismo año.

Conforme lo anterior, expuso, que al revisar el proceso, se evidencia que no se dio al accionante la información comparada y mucho menos se le habló e informó de las características de uno y otro régimen, teniendo en cuenta que el mismo demandante indicó que lo único que se le dijo fue que el ISS se iba a liquidar, de suerte que, para ese entonces, Colfondos omitió el deber de brindar información completa, veraz y oportuna que debió brindar al momento del traslado, de igual manera y conforme la doctrina del precedente vertical, los traslados horizontales y esa permanencia en el RAIS no tiene por virtud subsanar la deficiencia inicial que se presentó al momento del traslado.

Expuso que, Colfondos S.A. no logró demostrar que al momento del traslado del actor, esto es 18 de septiembre de 1996, se le hubiera brindado información completa, veraz y oportuna al demandante acerca de las características, ventajas y desventajas de uno u otro régimen, declarará la ineficacia del traslado, así como de los posteriores realizados en forma horizontal.

4. APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Aduce que, según el artículo 898 del Código de Comercio, como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 52704 del 2018, puede que el traslado, aún cuando adolezca de requisitos, puede ser ratificado el traslado o esos traslados realizados, en tal medida la información de que se habla lo que busca es dilucidar que se pueden generar actos de ratificación que puedan avalar esa situación específica de traslado de régimen de manera posterior, por lo que esos traslados

horizontales tienen la virtud de subsanar esos errores que se pudieron cometer en un principio.

Expuso que, Porvenir S.A. cumplió con el deber de información que le era posible para la época del traslado, en la medida que suministró esas características técnicas que estaba o que tenía para ese momento el RAIS y el demandante contó con la oportunidad y la información necesaria para mantenerse y seguir vinculado al RAIS.

Mencionó que, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993 correspondía a Porvenir recibir como afiliado al demandante, ya que no tenía ninguna de las causales que no le permitieran ingresar al RAIS.

Frente a los gastos de administración indicó que el descuento de estos no se hace de manera caprichosa, sino que la ley faculta a esa entidad para hacerlos y así también lo establece para el RPM, por lo que ordenar su devolución correspondería a decir que la cuenta de ahorros del demandante no generó rendimientos o que esos riesgos no estuvieron durante el tiempo que el demandante estuvo vinculado a Porvenir, con lo que no le asiste razón al a quo al ordenar su devolución, ya que estos gastos ya cumplieron su función y ello correspondería a declarar que Colpensiones recibió unos dineros de más, lo que generaría un enriquecimiento sin justa causa.

Adujo que no se probó ningún vicio de error, fuerza o dolo que llegara a generar algún tipo de situación especial que no le permitiera al demandante manifestar de manera oportuna y clara cuál sería el régimen al que pretendía vincularse o trasladarse, tampoco se evidencia un error al desconocer cuales eran las finalidades que generaría ese traslado de régimen ni manifestó que se hubiera ejercido algún tipo de presión o coacción para que se mantuviera vinculado o se vinculara al régimen, por lo que al no encontrarse probada tal situación que dé lugar a la nulidad de traslado, ni tampoco a la ineficacia, no procede entonces la devolución de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Finalmente, dijo que no se cumple con lo establecido en el artículo 365 del CGP, razón por la cual no debe condenarse en costas a esa entidad.

COLPENSIONES

Indica que, la orden impartida en la sentencia apelada, genera a futuro unos perjuicios, ya dentro de la documental allegada al proceso obra el formulario de afiliación, el cual, al ser verificado evidencia que sí obran los nombres de los beneficiarios del hoy demandante, con lo que se prueba

Código Único de Identificación: 11001310500320190040601

Demandante: **IGNACIO NIETO CAMACHO**

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

que el formulario sí se encuentra diligenciado en debida forma, cumpliendo con los requisitos del Decreto 692 de 1994.

Expuso que, la información brindada lo fue frente a las características del RAIS, tal como se puede extraer del interrogatorio de parte del demandante, lo que acredita que las AFP demandadas sí le informaron en debida forma al demandante, siendo esta la razón por la cual decidió libre y voluntariamente trasladarse de régimen y luego realizar traslados entre AFP del mismo régimen.

Refirió que el perjuicio que se genera a futuro para esa entidad hace referencia a que se verá obligada a reconocer una prestación pensional de un afiliado desde el año 1996 y el que no se encuentra vinculado al RPM, lo cual afecta el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, trayendo consigo una descapitalización del fondo común y la afectación de las garantías constitucionales de aquellos afiliados que sí han venido cotizando de manera constante al fondo del RPM.

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 la demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, 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 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 de 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	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y

buen consejo	Decreto 2241 de 2010	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”.

Demandante: **IGNACIO NIETO CAMACHO**

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

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

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

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

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.”

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 29/10/1985 (fl 47); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 18/09/1996 a través de la A.F.P COLFONDOS S.A (fl 65); **iii)** posteriormente efectuó traslado dentro del mismo régimen a la AFP Colpatria el 10/06/1995 (fl. 192 y 217) y luego a Porvenir S.A. el 15/02/2000 (fl. 192 y 218), y **iv)** que los días 19/02/2019 y 15/05/2019 (fls. 33 y 37) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

A folio 65 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 18/09/1996 con la AFP Colfondos S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala 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.

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Demandante: **IGNACIO NIETO CAMACHO**

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

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 reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible

sanear aquello que nunca produjo efectos.” (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, 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, siendo inane que el accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento, lo que da al traste con el argumento expuesto por Porvenir S.A. al sustentar su recurso.

En lo que respecta a la ratificación, otro de los argumentos presentados por PORVENIR S.A. en su apelación, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia antes citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado por el paso del tiempo o por los traslados que se efectuaron entre administradoras del RAIS.

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 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, no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los gastos de administración y comisiones que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, razón última por la que, en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES **se ADICIONARÁ** la sentencia del A Quo, en el sentido de ORDENAR a las AFP accionadas la devolución de los gastos de administración, comisiones y cualquier otro recibido, debidamente indexado.

En cuanto al argumento expuesto por COLPENSIONES en su recurso, respecto de la afectación del principio de sostenibilidad financiera y descapitalización del fondo común, 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 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.

Ahora bien, al sustentar su recurso Colpensiones adujo que al demandante se le dio la información correcta, lo cual se demuestra con el interrogatorio de parte rendido por el accionante, para lo cual, la Sala se remite a lo expuesto en dicha diligencia, en la cual, el demandante expuso que:

- El asesor de Colfondos le indicó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar por lo que sus aportes estaban en riesgo;
- Que la pensión que iba a tener en esa entidad versus la que tendría en el ISS sería una con mayor beneficio;
- Que el fondo lo podría pensionar anticipadamente sin ninguna restricción o limitación;
- Que si se retira del fondo sin pensionarse, este le devolvería todos sus aportes sin restricción o limitación alguna;
- Que en caso de fallecimiento, sus herederos tendrían derecho a esos aportes, sin limitación o restricción alguna.

Características que, indica el demandante en su interrogatorio fueron ratificadas por el asesor de Colpatria, y las cuales, si bien corresponden a

Código Único de Identificación: 11001310500320190040601

Demandante: **IGNACIO NIETO CAMACHO**

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

características propias del RAIS, no cumplen con los presupuestos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia para que se tenga como cumplido el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones y menos aún desprenden confesión que pueda perjudicar a la parte demandante.

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.- ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a las AFP accionadas la devolución de los gastos de administración, comisiones y cualquier otro recibido, debidamente indexado, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

Código Único de Identificación: 11001310500320190040601

Demandante: **IGNACIO NIETO CAMACHO**

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

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

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!

Código Único de Identificación: 11001310500320190076501

Demandante: **DIMANTEC LTDA.**

Demandado: **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. Y OTROS**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 010

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 decisiones 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 **DEMANDANTE**, en contra del auto proferido el 31 de enero de 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que la sociedad **DIMANTEC LTDA.** promoviese contra la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. Y OTROS.**

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda ordinaria, se pretende se condene a las demandadas al pago de una serie de recobros por auxilios económicos por incapacidad y sus intereses moratorios, los cuales han sido pagados por la accionante a algunos de sus trabajadores, los cuales relaciona en su escrito petitorio.

Así mismo, se pretende el pago de la indexación de dichas sumas.

2. Actuación Procesal.

Para el asunto que convoca la atención de la Sala, se tiene que mediante auto del 11 de diciembre de 2019 (fl. 201-202), el juzgado de primer grado inadmitió la demanda otorgando el término de ley para su subsanación, por las razones que se resumen a continuación:

- a. Se allegó copia simple del poder conferido por el representante legal de la demandante;
- b. Frente a la demandada Caja de Compensación Familiar Cajacopi Atlántico el apoderado de la demandante carece de poder para actuar;
- c. Existe una indebida acumulación de pretensiones en relación con las demandadas, pues se trata de 8 entidades diferentes respecto de las que se pretende el pago de auxilios económicos por incapacidad y proviene de causas distintas;
- d. Se observa falta de competencia frente a las demandadas Coomeva Entidad Promotora de Salud S.A., Caja de Compensación Familiar Cajacopi Atlántico y Salud Vida S.A. EPS, cuyos domicilios se encuentran en Cali, Barranquilla y la Unión, respetivamente;
- e. Existe indebida acumulación de pretensiones, respecto a lo pedido frente a cada una de las demandadas, ya que las pretensiones están sustentadas en la existencia de una multiplicidad de afiliados, aunado a que no se especifican para cada vinculado, las circunstancias que dieron lugar a las prestaciones que fueron pagadas por la demandante;
- f. Los hechos no se expresan de manera clara, clasificada y separada, pues no individualiza a los afiliados que motivan la demanda, junto con los elementos fácticos que rodearon cada una de las prestaciones a que dieron lugar los distintos afiliados.

Dentro del término conferido, el apoderado judicial de la demandante allegó escrito con el cual pretendió subsanar la demanda (fls. 203-207), no obstante, el operador judicial de primer grado, mediante providencia del 31 de enero de 2020 (fl 208), dispuso su rechazo, al considerar que no se subsanó en su totalidad la demanda, por estimar que no efectuó pronunciamiento alguno frente a la falta de competencia aducida para las demandadas Coomeva Entidad Promotora de Salud S.A. y Salud Vida S.A. EPS y tampoco clasificó y separó los hechos de la demanda, individualizando los afiliados que motivan la demanda, los elementos fácticos que rodearon cada una de las prestaciones a que dieron lugar los distintos afiliados.

3. APELACIÓN

Inconforme con la determinación anterior, el apoderado judicial de la activa interpuso recurso de apelación, en orden a que se revoque y se admita la demanda. En la sustentación, indicó que conforme el artículo 25 del CPTSS y, atendiendo las pretensiones de la demanda, es claro que las

Demandante: **DIMANTEC LTDA.**Demandado: **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. Y OTROS**

mismas pueden acumularse em contra de los demandados, pues todas provienen de la misma causa y tienen el mismo objeto, esto es, obtener el recobro de los pagos efectuados por la empresa por concepto de auxilios económicos por incapacidad que han sido negados de manera injustificada por parte de las entidades demandadas.

Así mismo, expuso que, al resultar procedente la acumulación de las pretensiones en contra de los demandados, la competencia territorial debe ser fijada de acuerdo con lo establecido en los artículos 11 y 14 del CPTSS, y en tal medida, como quiera que la demanda se encuentra dirigida contra más de un demandado y que varios jueces laborales del circuito resultan ser competentes, correspondía a la demandante elegir entre cuál de ellos sería radicada la demanda.

Por lo expuesto, adujo que en la demanda se señala de manera clara y expresa la deuda que cada entidad tiene por concepto de recobro de auxilios económicos por incapacidad respecto de cada trabajador y adicionalmente fue aportado como prueba de la demanda un cuadro de Excel "Detalle auxilios económicos por incapacidad adeudados por las entidades del Sistema de Seguridad Social", en el cual se discriminan: el número de identificación del trabajador, su nombre, el tipo y número de incapacidad, la entidad deudora, las fechas inicio y finalización de la incapacidad, los días de incapacidad, el saldo pendiente de pago o adeudado, el estado de recobro y las observaciones, precisando que, dicha información se aportó en un cuadro de Excel y no en el texto de la demanda, debido a lo extensa de la misma y por razones prácticas, metodológicas y de facilidad en la verificación de datos.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto del 10 de noviembre de 2020, se admite 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 auto de fecha 18 de enero de la anualidad que avanza, del cual hizo uso la parte demandante, quien ratificó los argumentos de su apelación.

III. CONSIDERACIONES

Conforme a lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 65 del CPT y SS, modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, es procedente el recurso de apelación, respecto del auto que rechace la demanda, de manera que tiene esta Sala competencia para resolver el recurso interpuesto por el apoderado de la demandante.

Se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 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.

3.1. Problema jurídico.

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 procedió acorde a derecho el fallador de primera instancia al rechazar la demanda por estimar que con la subsanación de requisitos no se cumplieron las falencias advertidas en el auto primigenio de inadmisión de la demanda proferido el 11 de diciembre de 2019.

3.2. Requisitos formales de la demanda y su subsanación.

El artículo 25 del CPTSS, establece los requisitos para la presentación de la demanda, los cuales serán objeto de análisis por el juez de la causa, quien previo a admitirla, concederá al litigante el término de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del proveído que disponga su inadmisión, en caso de advertir que la demanda no reúne los requisitos formales allí exigidos, so pena de ser rechazada, de conformidad con lo previsto en el artículo 28 ibídem.

En virtud de lo anterior, resulta imperioso aclarar que los jueces, al momento de estudiar el escrito de la demanda, deben realizar un examen riguroso y exhaustivo de ella, para determinar si reúne los requisitos que exige el mencionado artículo, en aras de amparar los derechos constitucionales al debido proceso y de defensa de las partes; y para evitar fallos inhibitorios. De manera que al juzgador le está vedado exigir presupuestos por fuera de la norma, como tampoco apartarse de otros postulados de alcance constitucional, tales como el ejercicio del derecho material o sustancial que con las normas procesales se busca.

3.2.1. De la competencia

Establece el artículo 11 del CPTSS:

“Art. 11. Competencia en los procesos contra las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral. En los procesos que se sigan en contra de las entidades que conforman el sistema de seguridad social integral, será competente el juez laboral del circuito del lugar del domicilio de la entidad de seguridad social demandada o el del lugar

Código Único de Identificación: 11001310500320190076501

Demandante: **DIMANTEC LTDA.**

Demandado: **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. Y OTROS**

donde se haya surtido la reclamación del respectivo derecho, a elección del demandante.

En los lugares donde no haya juez laboral del circuito conocerá de estos procesos el respectivo juez del circuito en lo civil.”

Y, en casos en los que exista un número plural de demandados, dispuso el artículo 14 ibídem:

“Art. 14. Pluralidad de jueces competentes. Cuando la demanda se dirija simultáneamente contra dos o más personas, y, por tanto, tengan competencia para conocer de ella dos o más jueces, el actor elegirá entre éstos.”

Frente al particular, es menester traer a colación lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en múltiples providencias, y más recientemente en el aquella con radicado No. 88694 AL2351 del 9 de junio del año que avanza, en la que, al decidir sobre un conflicto de competencia, expuso:

“En este orden, en tratándose de pluralidad de demandados y juzgadores competentes para dirimir la controversia, el demandante tiene la posibilidad de escoger, para fijar la competencia, al juez del domicilio de las entidades accionadas, o el del lugar donde se haya adelantado la reclamación administrativa, garantía que la jurisprudencia y la doctrina han denominado como *<fuero electivo>*”

Posición que también fue expuesta en la providencia AL 538 del 2021 rad. 89056, en los siguientes términos:

“En lo que interesa para los efectos de la presente decisión, resulta pertinente precisar, que la pasiva de la presente litis, efectivamente está conformada por pluralidad de entidades, tanto por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., como por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones; ambas pertenecientes al Sistema de Seguridad Social Integral.

En ese orden, existe pluralidad de jueces competentes, por lo que se debe atender a lo normado por el artículo 14 *idem*, que preceptúa: «*Cuando la demanda se dirija simultáneamente contra dos o más personas, y, por tanto, tengan competencia para conocer de ella dos o más Jueces, el actor elegirá entre éstos*». De ahí, que al ser las **convocadas entidades pertenecientes al sistema de seguridad social integral, la competencia resulta inmodificable**, pues es claro que la norma aplicable continúa siendo el artículo 11 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que preceptúa:

ARTÍCULO 11.- Competencia en los procesos contra las entidades del sistema de seguridad social integral. En los procesos que se sigan en contra de las entidades que conforman el sistema de seguridad social

integral, será competente el juez laboral del circuito del lugar del domicilio de la entidad de seguridad social demandada o el del lugar donde se haya surtido la reclamación del respectivo derecho, a elección del demandante [...].

Así, si la elección de la demandante se encuentra dentro de las opciones previstas en la legislación procesal del trabajo, debe ser atendida pues no puede el juez sustituir la voluntad de quien ejerce la acción.

De ahí que al hacer uso del derecho que le otorga la disposición reproducida en precedencia y que la actora expresó con claridad en el escrito inaugural; cuando presentó su demanda ante el Juzgado Laboral del Circuito de Tunja -Reparto-, optó por el lugar donde surtió la reclamación del derecho pretendido, así lo precisó en el acápite de «Competencia» en consideración «al lugar donde se presentó la reclamación administrativa», en ejercicio de su fuero electivo”.

3.2.2. De la acumulación de pretensiones

Al respecto, se tiene que el artículo 25A del CPTSS, en consonancia con el artículo 88 del CGP, regula la figura de la acumulación de pretensiones, la cual tiene por objeto materializar los principios de economía y celeridad procesal, al permitirse en una sola causa judicial debatir y decidir distintas relaciones sustanciales.

Ahora bien, y de conformidad con la norma en cita, es necesario que el juez sea competente para conocer de todas ellas; no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias; y que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento. En igual sentido, las pretensiones deben emanar de la misma causa, o perseguir el mismo objeto o servirse de los mismos elementos de convicción, requisitos que hacen viable la acumulación y que no necesariamente deben ser concurrentes.

Al respecto la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 de marzo de 2004, Rad.21124 explicó que no debe perderse de vista que el fenómeno de la acumulación de pretensiones tiene su causa en los principios de economía y celeridad procesal, en tanto que por medio de un solo proceso pueden tramitarse y resolverse todas las relaciones jurídicas entre los interesados, siempre y cuando ello sea posible, y de contera, se convierte también en un indiscutible factor de seguridad jurídica, en cuanto la misma cuerda posibilita una sola definición de la controversia jurídica, evitando que puedan presentarse decisiones contradictorias y multiplicidad de procesos que a la postre resultan ineficaces y perjudiciales para una pronta y eficaz administración de justicia; que la aludida figura tolera la acumulación de pretensiones de varios demandantes contra varios demandados, siempre y cuando tales pretensiones provengan de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia, o que deban servirse específicamente de unas mismas pruebas, aunque el interés de unos y otros

Código Único de Identificación: 11001310500320190076501

Demandante: **DIMANTEC LTDA.**

Demandado: **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. Y OTROS**

sea diferente; y que el requisito común para que proceda esta clase de acumulación es que las pretensiones provengan de la misma causa, lo cual muestra el claro propósito legislativo de aceptar en una sola causa judicial, la definición de las eventuales controversias entre los interesados con arreglo a sus exigencias y a sus postulados.

Así mismo, la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 35550 del 13 de abril de 2010, dispuso:

“(...) considera la Corte que el Tribunal no incurrió en los yerros que le atribuye el recurrente, pues es claro que la aplicación de la indemnización moratoria, per se, no descarta la aplicación de la indexación, pues si bien en algunos eventos, la jurisprudencia ha venido estimando que por falta de pago de salarios y/o prestaciones sociales no es procedente que se imponga en forma simultánea la susodicha carga indemnizatoria, y a la vez, la corrección monetaria de esos mismos valores, por cuanto ello equivaldría a una doble sanción, también se ha estimado, que las dos pueden proceder en una misma sentencia, cuando se condena a la indemnización moratoria por falta de pago de salarios o prestaciones sociales y la indexación por no pago oportuno de otros créditos laborales, como sería la indemnización por despido injusto, vacaciones, etc., conceptos estos que no tienen otra forma de resarcimiento y que no son prestaciones sociales.

En el anterior orden de ideas, no puede pregonarse, como lo hace la parte recurrente, que exista una indebida acumulación de pretensiones, que impida resolver sobre el fondo de la controversia y que, por ende, conduzca a una decisión inhibitoria por falta del presupuesto procesal de demanda en forma, cuando se reclama al mismo tiempo indemnización moratoria e indexación, pues la coexistencia de las eventuales condenas las debe decir el juez al momento de dictar la sentencia correspondiente.”

En similar sentido, la misma Corporación, en sentencia SL 1614 de 2018, expresó:

“Los jueces en su labor de administrar justicia tienen el deber de garantizar a los interesados una decisión de fondo, mediante la cual se defina si tienen o no derecho a lo pretendido, por lo que se debe hacer el mayor esfuerzo posible a fin de evitar una decisión inhibitoria, pues ésta únicamente puede ser una opción en casos extremos en los que se establezca que en verdad no es viable adoptar otra decisión.

(...)

Tal interpretación de la norma procesal corresponde a la materialización de la previsión contenida en el artículo 228 de la Constitución Política, según el cual, en las decisiones judiciales debe prevalecer el derecho sustancial y la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva, a través de la cual se concreta el derecho fundamental de acceso a la administración

de justicia (art. 229 de la Constitución), que implica obtener una respuesta de fondo a la reclamación de los derechos.

Así las cosas, en caso que las partes hayan formulado pretensiones que en criterio del juzgador resulten excluyentes entre sí, es deber del fallador – aun cuando las súplicas no se hayan formulado de la mejor manera – analizar la demanda inicial para desentrañar la verdadera intención del actor y determinar cuál era la pretensión principal y cuál la secundaria, para estudiar y resolver de fondo el asunto.”

3.2.3. De la individualización de los hechos

Dentro de los requisitos establecidos en el artículo 25 del CPTSS, el numeral 7 dispone:

“Artículo 25. Forma y requisitos de la demanda. La demanda deberá contener:

(...)

7. Los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, clasificados y enumerados. (...)”

Frente al particular, ha de memorarse que de antaño la Sala de Casación Civil a través de sentencia del 12 de diciembre de 1936 (T. XLVII. Pag. 483) ha señalado que *“la torpe expresión de las ideas no puede ser motivo de repudiación del derecho cuando éste alcanza a percibirse en su intención y en la exposición de ideas del demandante”*, premisa jurídica que ha sido estudiada por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, quien en sentencias como la del 14 de febrero de 2005, Rad. 22923, y 22 de noviembre de 2017, SL19488-2017, ha señalado que tal expresión no es más que la protección de los principios que orientan la observancia del derecho sustancial por encima de las formas, dentro del marco del debido proceso a que se contraen los artículos 29, 228 y 230 de la carta mayor.

De esta manera, ha establecido dicha Corporación que al encargado de administrar justicia le corresponde descubrir la pretensión en tan fundamental pieza procesal (la demanda) y tratar de borrar las imprecisiones, lagunas o vaguedades que en principio quedan exteriorizadas; que se le atribuye como misión ineludible interpretar los actos procesales y extraprocesales que se relacionen en cada litigio que se le asigne por competencia, a efecto de aplicar con acierto las disposiciones legales y constitucionales que regulen la materia puesta a su disposición, para una solución adecuada y justa; y que la labor del juez dispensador del derecho debe estar siempre dirigida a desentrañar no sólo el sentido, alcance o el propósito del precepto jurídico portador del ritual y el derecho, sino también el entendimiento cabal de la conducta del sujeto de derechos que

ha venido a la jurisdicción en procura de una tutela oportuna de los mismos, que en el desarrollo de la justicia social es de trascendental importancia.

En igual sentido, es deber del juzgador procurar por una interpretación armónica de la demanda, pues quedarse con la sola noción que ofrece la lectura fraccionada de sus diferentes apartes, conlleva un excesivo rigorismo formal que sacrifica el derecho sustancial, en claro desconocimiento de los mandatos constitucionales consagrados en el artículo 229 de la Constitución Política, de manera que si del contexto de la demanda puede inferirse con claridad lo que la parte pretende, no hay lugar a ignorar tal hecho, so pretexto de reclamar claridad y precisión, tal y como lo ha enseñado la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia¹.

3.2.4. Del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas.

El defecto procedimental por *exceso ritual manifiesto*, se presenta cuando el juez utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial, y por esa vía, deniega o vulnera el acceso a la administración de justicia. Así, el funcionario judicial no da prevalencia al derecho sustancial, sino al formalismo o ritualismo que no es adecuado para el caso concreto, contrariando así lo establecido en el artículo 228 Superior, el cual consagra:

“La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.”

Así pues, aunque el juez de la causa tiene el deber de advertir los errores en que hubiere incurrido el demandante en su escrito inicial, no le es dable caer en un “exceso ritual manifiesto”, pues de hacerlo, podría incluso generar una vía de hecho, en consideración a que el proceso es el medio del que disponen las partes para reclamar y debatir en presencia del Estado, los derechos que crean tener.

Ya de antaño la Corte Constitucional le ha dado contenido al concepto de violación directa de la constitución por lo que ha denominado “exceso ritual manifiesto”; concepto ius-legal que se resume en el siguiente fragmento jurisprudencial:

¹ Gaceta Judicial. Tomo CLXXVI, número 2415, pág. 182. Sin embargo, es conveniente precisar que dicha noción ha sido repetida en muy similares términos por la Jurisprudencia, tanto de la Sala Laboral como de la Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias proferidas el día 15 de octubre de 2003, M.P. Carlos Isaac Nader y 3 febrero de 2009, Ref: Exp. N° 11001310302003-00282-01, M.P. Dra. Ruth Marina Díaz Rueda.

“El defecto procedimental se enmarca dentro del desarrollo de dos preceptos constitucionales: (i) el derecho al debido proceso (artículo 29), el cual entraña, entre otras garantías, el respeto que debe tener el funcionario judicial por el procedimiento y las formas propias de cada juicio, y (ii) el acceso a la administración de justicia (artículo 228) que implica el reconocimiento de la prevalencia del derecho sustancial y la realización de la justicia material en la aplicación del derecho procesal. Dentro de la primera categoría, la Corte ha considerado que se presenta un defecto procedimental absoluto cuando el funcionario desconoce las formas propias de cada juicio. Por excepción, también ha determinado que el defecto procedimental puede estructurarse por exceso ritual manifiesto cuando “(...) un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esta vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia”. Es decir que el funcionario judicial incurre en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto cuando (i) no tiene presente que el derecho procesal es un medio para la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos, (ii) renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva pese a los hechos probados en el caso concreto, (iii) por la aplicación en exceso rigurosa del derecho procesal, (iv) pese a que dicha actuación devenga en el desconocimiento de derechos fundamentales².

4. EL CASO CONCRETO

Descendiendo al caso concreto, se observa que el operador judicial de primer grado inadmitió la demanda mediante auto dictado el 11 de diciembre de 2019 (fl. 201-202), tras considerar que presentaba las siguientes falencias:

- a. Se allegó copia simple del poder conferido por el representante legal de la demandante;
- b. Frente a la demandada Caja de Compensación Familiar Cajacopi Atlántico el apoderado de la demandante carece de poder para actuar;
- c. Existe una indebida acumulación de pretensiones en relación con las demandadas, pues se trata de 8 entidades diferentes respecto de las que se pretende el pago de auxilios económicos por incapacidad y proviene de causas distintas;
- d. Se observa falta de competencia frente a las demandadas Coomeva Entidad Promotora de Salud S.A., Caja de Compensación Familiar Cajacopi Atlántico y Salud Vida S.A. EPS, cuyos domicilios se encuentran en Cali, Barranquilla y la Unión, respetivamente;
- e. Existe indebida acumulación de pretensiones, respecto a lo pedido frente a cada una de las demandadas, ya que las pretensiones están sustentadas en la existencia de una multiplicidad de afiliados, aunado

² Sentencia T-599 del 28 de agosto de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez y T-264 del 3 de abril de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre otras.

- a que no se especifican para cada vinculado, las circunstancias que dieron lugar a las prestaciones que fueron pagadas por la demandante;
- f. Los hechos no se expresan de manera clara, clasificada y separada, pues no individualiza a los afiliados que motivan la demanda, junto con los elementos fácticos que rodearon cada una de las prestaciones a que dieron lugar los distintos afiliados.

Seguidamente el A Quo rechazó la demanda, mediante proveído del 31 de enero del 2020 (fl. 208), al considerar que no se subsanaron las siguientes falencias:

- a. La falta de competencia respecto de las demandadas Coomeva Entidad Promotora de Salud S.A. y Salud Vida S.A. EPS, ya que se encuentran domiciliadas en Cali y el municipio de la Unión.
- b. Los hechos que no fueron expresados de manera clara, clasificada y separada, ya que el demandante no individualizó los afiliados que motivan la demanda, junto con los elementos fácticos que rodearon cada una de las prestaciones a que dieron lugar los distintos afiliados.

En relación con la primera falencia, encuentra esta Sala que le asiste razón al *a quo*, teniendo en cuenta que las entidades demandadas pertenecen al Sistema de Seguridad Social Integral, por lo que conforme lo dispuesto en el artículo 11 del CPTSS, la competencia en los procesos contra las entidades de seguridad social radica en el juez laboral del circuito del lugar del domicilio de la entidad de seguridad social demandada o el del lugar donde se haya hecho la reclamación del respectivo derecho, ello a elección del demandante.

En el presente asunto, al revisarse el escrito de la demanda, se observa que el accionante en el acápite de "Competencia y cuantía" (fl. 34), escogió el "domicilio de la demandada" como fuero electivo para asignar la competencia.

Por lo anterior, como quiera que de los Certificados de Existencia y Representación Legal de las demandadas COOMEVA E.P.S. S.A., y SALUD VIDA EPS, visibles a folios 73 a 122 y 170 a 171, respectivamente, se evidencia que sus domicilios se encuentran en la ciudad de Cali y el municipio de La Unión, mientras los de otros demandados lo es Bogotá D.C., debería decirse, en principio, que en atención a que en el presente asunto se presenta pluralidad de demandados cuyos domicilios son distintos, el A Quo debió dar aplicación al art 14 del C.P.T.S.S., por cuanto la norma en mención le otorga al demandante tenía la posibilidad de escoger; sin embargo conforme la jurisprudencia reseñada en precedencia, (AL 538 del 2021 rad. 89056) como la pasiva, efectivamente está conformada por pluralidad de entidades, todas pertenecientes al Sistema de Seguridad Social Integral, **al ser las convocadas entidades pertenecientes al**

sistema de seguridad social integral, la competencia resulta inmodificable, pues es claro que la norma aplicable continúa siendo el artículo 11 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual es competente el juez laboral del circuito del lugar del domicilio de la entidad de seguridad social demandada o el del lugar donde se haya surtido la reclamación del respectivo derecho, a elección del demandante.

Así las cosas, como en el caso bajo estudio, respecto de las EPS COOMEVA E.P.S. S.A., y SALUD VIDA EPS, no se agotó la reclamación del respectivo derecho a que estima la activa tiene derecho, la competencia resulta ser del juez del lugar del domicilio de aquellas, luego entonces, el Juez Laboral del Circuito de Bogotá carece de competencia para conocer de la demanda en contra de estas dos entidades.

Frente a la segunda falencia que dio lugar al rechazo de la demanda, esto es la falta de claridad y clasificación de los hechos, al no individualizar los afiliados que motivan la demanda y los elementos fácticos de las prestaciones deprecadas, al revisarse el escrito de demanda se observa que la demandante clasificó debidamente los hechos y que los mismos son claros y precisos, y en algunos de estos, como por ejemplo aquellos numerados 1, 7, 13, 19, 25, 31, 37 y 43, se relacionan uno a uno los trabajadores que se encuentran afiliados a cada una de las entidades demandadas y sobre los cuales recaen la peticiones de la acción y adicional a ello, a folio 1 fue allegado disco compacto donde se observa un archivo de Excel llamado "Relación incapacidades", en donde se relaciona de manera detallada los trabajadores y el valor de las incapacidades, entre otros ítems.

La Sala estima innecesaria y excesiva la exigencia del *a quo* frente a los hechos, si se tiene en cuenta que desde la misma demanda los mismos se presentaron de manera clara y debidamente clasificada. Luego entonces, esa circunstancia no es impedimento para la efectividad del derecho sustancial del accionante.

En tales condiciones, y en aras de no sacrificar el derecho sustancial que le asiste a la accionante, se **REVOCARÁ** el auto apelado, para **ordenar al Juez de primer grado que admita la demanda**, excluyendo de dicha decisión a las demandadas COOMEVA E.P.S. S.A., y SALUD VIDA EPS,, así como los hechos y pretensiones que contengan o que hagan referencia a dichas entidades.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

Demandante: **DIMANTEC LTDA.**

Demandado: **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. Y OTROS**

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto impugnado. En consecuencia, se ORDENA al *a quo* **ADMITIR** de presente demanda, omitiendo de dicha decisión a las demandadas COOMEVA E.P.S. S.A., y SALUD VIDA EPS, así como los hechos y pretensiones que contengan o que hagan referencia a dichas entidades, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta providencia deberá ser notificada por anotación en ESTADO atendiendo los términos previstos en el artículo 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

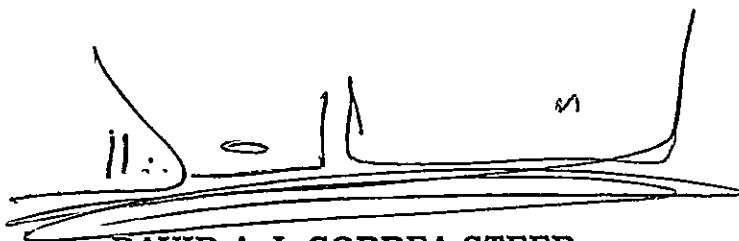
Los Magistrados,



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 (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1º 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 Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **GLADYS SILVA DE DÁVILA** promoviese contra **COLPENSIONES.**

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende la reliquidación de la pensión de vejez que en vida le fue reconocida a **ALFONSO DÁVILA ORTÍZ**, a partir del 01 de junio de 1999, teniendo en cuenta los parámetros y condiciones del régimen de transición señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 758 de

1990, especialmente, la aplicación de una tasa de reemplazo del 78%, y que se efectúe la liquidación teniendo en cuenta los aportes realizados durante toda la vida laboral. Igualmente, solicita intereses moratorios e indexación.

2. PRETENSIONES.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta: **1)** Mediante la Resolución N° 013339 de 1999 le fue reconocida una pensión de vejez a Alfonso Dávila Ortiz, a partir del 01 de agosto de 1999, de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 758 de 1990; **2)** El señor Alfonso Dávila Ortiz falleció el 10 de noviembre de 2015; **3)** El 13 de mayo de 2016 solicitó sustitución pensional, la que fue reconocida a través de la Resolución GNR 49448 de 2017, a partir del 10 de noviembre de 2015; **4)** El 15 de mayo de 2016 petitionó la reliquidación de la pensión de vejez de Alfonso Dávila Ortiz; y **5)** El 30 de octubre de 2018 reiteró su solicitud, empero a la fecha la demandada no ha emitido respuesta.

3. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

Colpensiones (fls. 37 a 44) 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 la pensión de sobrevivientes se rige por la norma aplicable al momento del deceso del afiliado o pensionado, y que por lo anterior, para que haya lugar al reconocimiento de la prestación, se debe acreditar el requisito de convivencia, así como la densidad de semanas exigidas por la Ley 797 de 2003, esto es, 50 semanas.

Agregó que no se ha demostrado la existencia de elementos nuevos que conlleven a que se reliquide la pensión de vejez del causante, por demás que su petición ya se encuentra satisfecha, por lo que la demandante carece de causa para demandar.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del **23 de septiembre de 2020**, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió que la pensión del causante se calculó teniendo en cuenta los tiempos que laboró en el sector público y privado, así como los regímenes establecidos en la Ley 100 de 1993 y la Ley 71 de 1988; que no es dable acceder a la reliquidación con fundamento en toda la vida laboral, como quiera que el accionante no alcanzaba más de 1250 semanas, solamente aparecen acreditadas 1058 semanas; y que por lo anterior, la liquidación se debió realizar con fundamento en el promedio de los últimos diez años de cotización.

Aclaró que no era viable incluir las 225 semanas de la Cámara de la Construcción de Colombia, dado que no aparecen reflejadas en su historia laboral de Colpensiones.

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 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 69 del C.P.T. y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece el grado jurisdiccional de la Consulta de las sentencias que fueren adversas al pensionado, se verificará la sentencia proferida por el juez de primer grado.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior, advierte la Sala que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si el A quo se equivocó al considerar que al amparo del Acuerdo 049 de 1990, no es posible computar todos los tiempos de servicio cotizados y no cotizados, públicos y privados con aquellos que fueron aportados al entonces Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, a efectos de reliquidar la pensión de vejez que disfruta el señor Alfonso Dávila Ortiz, en aras a obtener una tasa de reemplazo del 78%.

RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE VEJEZ.

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.

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 a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, 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 a la misma fecha, 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**; que además ha sido acogido por la H. Corte Constitucional en sentencia **SU-230 de 2015**.

Sobre el tema puesto a consideración de la Sala, debe decirse que la línea de pensamiento del Órgano de Cierre de esta jurisdicción estuvo asentada por varios años, en el entendido de que no era posible sumar los tiempos públicos no aportados al ISS con las cotizaciones efectivamente efectuadas al régimen de prima media administrado hoy por Colpensiones, a efectos de acceder al reconocimiento de la pensión de vejez consagrada en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

En ese sentido, en la decisión CSJ SL032-2018, reiterada en la CSJ SL1652-2018, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema adoctrino lo siguiente:

“No incurrió el sentenciador de segundo grado en error jurídico frente a las normas denunciadas, al no haber sumado, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, las semanas cotizadas al ISS con tiempos servidos al sector público, toda vez que el fallador simplemente se limitó a acoger la jurisprudencia sostenida actualmente por esta Corporación, según la cual no resulta procedente la contabilización entre aquéllas y éstos, por cuanto dicha normatividad no contempla tal posibilidad de manera expresa y, además, porque lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 solamente concierne a las prestaciones contempladas en el artículo 33 de la Ley del Sistema de Seguridad Social Integral.

No obstante, dicha postura recientemente fue abandonada por el órgano de Cierre de esta Jurisdicción, y a través de un nuevo análisis dispuso el actual criterio que permite computar tiempos públicos con lo cotizado al ISS, para efectos de establecer la causación del derecho pensional con base en el citado artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

El argumento de tal postura se fundamenta, básicamente, en que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 habilitó la posibilidad de proteger a todas aquellas personas que al 1° de abril de 1994 tuvieran una expectativa legítima para pensionarse conforme a un régimen anterior, aplicando de dicha normativa lo que tiene que ver con los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y tasa de reemplazo; pero lo relacionado con la forma de computar las semanas se regula por lo establecido en el literal f) del artículo 13, parágrafo 1° del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, así estos últimos no hubiesen sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

Al respecto, la providencia CSJ **SL1947-2020 rad. 70918**, reiterada en la CJ **SL1981-2020**, expuso lo siguiente:

De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el

tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

[...]

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

[...]

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado *ius cogens* (Subrayado fuera del texto).

Sumatoria de tiempos que también procede a efectos de obtener la **reliquidación** de la pensión de vejez, tal como se dejó expuesto en la decisión CSJ SL2557-2020 rad. 72425, en la cual se expresó:

Conforme lo anterior, conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la actora a otras cajas de previsión del sector público a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en dicho reglamento.

De modo que tal criterio jurisprudencial también es aplicable al asunto en controversia, esto es, a la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.

En igual sentido, en la sentencia SL2061-2021 reiteró que:

“Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de

Demandante: **GLADYS SILVA DE DÁVILA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens (...).

Conforme lo anterior, conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la actora a otras cajas de previsión del sector público a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en dicho reglamento.

De modo que tal criterio jurisprudencial también es aplicable al asunto en controversia, esto es, a la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.

Así las cosas, la recurrente tiene la razón en cuanto afirma que tiene derecho a la reliquidación reclamada porque el régimen pensional previsto en el Acuerdo 049 de 1990 es más favorable que aquel con el que la entidad de seguridad social accionada reconoció la pensión". (Negrillas por la Sala).

DEL CASO CONCRETO.

DE LO PROBADO EN EL PROCESO.

- i) Alfonso Dávila Ortiz nació el 04 de abril de 1922, tal y como da cuenta la cédula de ciudadanía obrante a folio 10.
- ii) Alfonso Dávila Ortiz laboró en la Gobernación de Cundinamarca del 19 de diciembre de 1972 al 26 de agosto de 1974, esto es, 96,71 semanas, según certificados CLEBP obrantes en el medio óptico de folio 64.
- iii) Alfonso Dávila Ortiz laboró en el Ministerio de Relaciones Exteriores del 19 de mayo de 1975 al 07 de agosto de 1977, y del 26 de septiembre de 1981 al 27 de febrero de 1983, esto es, 190,29 semanas, según certificados CLEBP obrantes en el medio óptico de folio 64.
- iv) Alfonso Dávila Ortiz **cotizó 776,71** semanas en el Instituto de Seguros Sociales entre el 23 de agosto de 1978 y el 31 de mayo de 1999 (fls. 61 a 63).
- v) Mediante la Resolución 013339 de 1999 fue reconocida **pensión de vejez** de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, al señor Alfonso Dávila Ortiz; prestación que fue liquidada teniendo en cuenta el promedio de lo cotizado durante los últimos diez años de aportes (fls. 19 y 20).
- vi) Alfonso Dávila Ortiz falleció el 10 de noviembre de 2015 (fl.11).

vii) A través de la Resolución GNR 49448 de 2017, le fue reconocida sustitución pensional a la actora con ocasión del fallecimiento de Alfonso Dávila Ortiz, a partir del 10 de noviembre de 2015 (fls. 22 a 24).

viii) La demandante el 30 de octubre de 2018 solicitó la reliquidación de su pensión para que se tuviera en cuenta la totalidad de los aportes realizados en el sector público y privado (fls. 16 y 17).

En el caso objeto de estudio, encontramos que la pensión de vejez del señor Alfonso Dávila Ortiz fue reconocida de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en su contenido original, sin embargo, la parte demandante aspira a la reliquidación de la prestación en aplicación del **Acuerdo 049 de 1990**, y la posibilidad de sumar tiempos públicos y privados.

a) Pues bien, en el análisis se observa que el señor Alfonso Dávila Ortiz era beneficiario del régimen de transición, como quiera que al 01 de abril de 1994 acreditaba más de 40 años, recuérdese que nació el 04 de abril de 1922, por lo que para tal fecha contaba con 71 años, 11 meses, y 28 días. Así, la Sala se remite al **artículo 12** de dicha normatividad, según el cual, para acceder a la pensión de vejez, el afiliado hombre debía acreditar: i) sesenta (60) o más años de edad y ii) 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.

Dicho lo anterior, se encuentra acreditado que Alfonso Dávila Ortiz reunió los requisitos de la norma en cita, puesto que cumplió la edad de **60 años el 04 de abril de 1982**, y alcanzó **1063,71 semanas a mayo de 1999** (última fecha de cotización), entre tiempos públicos y privados.

De esta manera, es claro que a Alfonso Dávila Ortiz le faltaban menos de diez años para pensionarse a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que, podía solicitar que se le liquidara su prestación con el tiempo que le faltare o el de toda la vida laboral, y elegir el que le resultare

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2019-00163 -01
Demandante: **GLADYS SILVA DE DÁVILA.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

más favorable; recuérdese que únicamente es dable solicitar 1250 semanas cuando al afiliado le faltaban más de diez años para pensionarse.

Así las cosas, se procede a 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, haciéndose necesario efectuar las siguientes operaciones aritméticas:

				Año 1972			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
19/10/72	31/10/72	13	18.000,00	600,00	\$ 7.800,00		
01/11/72	30/11/72	30	18.000,00	600,00	\$ 18.000,00		
01/12/72	31/12/72	31	18.000,00	600,00	\$ 18.600,00		
Total días		74			\$ 44.400,00	\$ 600,00	\$ 18.000,00

				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	21.000,00	700,00	\$ 21.700,00		
01/02/73	28/02/73	28	21.000,00	700,00	\$ 19.600,00		
01/03/73	31/03/73	31	21.000,00	700,00	\$ 21.700,00		
01/04/73	30/04/73	30	21.000,00	700,00	\$ 21.000,00		
01/05/73	31/05/73	31	21.000,00	700,00	\$ 21.700,00		
01/06/73	30/06/73	30	21.000,00	700,00	\$ 21.000,00		
01/07/73	31/07/73	31	21.000,00	700,00	\$ 21.700,00		
01/08/73	31/08/73	31	21.000,00	700,00	\$ 21.700,00		
01/09/73	30/09/73	30	21.000,00	700,00	\$ 21.000,00		
01/10/73	31/10/73	31	21.000,00	700,00	\$ 21.700,00		
01/11/73	30/11/73	30	21.000,00	700,00	\$ 21.000,00		
01/12/73	31/12/73	31	21.000,00	700,00	\$ 21.700,00		
Total días		365			\$ 255.500,00	\$ 700,00	\$ 21.000,00

				Año 1974			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/74	31/01/74	31	21.000,00	700,00	\$ 21.700,00		
01/02/74	28/02/74	28	21.000,00	700,00	\$ 19.600,00		
01/03/74	31/03/74	31	21.000,00	700,00	\$ 21.700,00		
01/04/74	30/04/74	30	21.000,00	700,00	\$ 21.000,00		
01/05/74	31/05/74	31	21.000,00	700,00	\$ 21.700,00		
01/06/74	30/06/74	30	21.000,00	700,00	\$ 21.000,00		
01/07/74	31/07/74	31	21.000,00	700,00	\$ 21.700,00		
01/08/74	26/08/74	26	21.000,00	700,00	\$ 18.200,00		
Total días		238			\$ 166.600,00	\$ 700,00	\$ 21.000,00

				Año 1975			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual

Demandante: **GLADYS SILVA DE DÁVILA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

19/05/75	31/05/75	13	6.240,00	208,00	\$ 2.704,00		
01/06/75	30/06/75	30	16.800,00	560,00	\$ 16.800,00		
01/07/75	31/07/75	31	16.800,00	560,00	\$ 17.360,00		
01/08/75	31/08/75	31	16.800,00	560,00	\$ 17.360,00		
01/09/75	30/09/75	30	16.800,00	560,00	\$ 16.800,00		
01/10/75	31/10/75	31	16.800,00	560,00	\$ 17.360,00		
01/11/75	30/11/75	30	16.800,00	560,00	\$ 16.800,00		
01/12/75	31/12/75	31	16.800,00	560,00	\$ 17.360,00		
Total días		227			\$ 122.544,00	\$ 539,84	\$ 16.195,24

Año 1976							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/76	31/01/76	31	16.800,00	560,00	\$ 17.360,00		
01/02/76	29/02/76	29	16.800,00	560,00	\$ 16.240,00		
01/03/76	31/03/76	31	16.800,00	560,00	\$ 17.360,00		
01/04/76	30/04/76	30	16.800,00	560,00	\$ 16.800,00		
01/05/76	31/05/76	31	16.800,00	560,00	\$ 17.360,00		
01/06/76	30/06/76	30	16.800,00	560,00	\$ 16.800,00		
01/07/76	31/07/76	31	16.800,00	560,00	\$ 17.360,00		
01/08/76	31/08/76	31	16.800,00	560,00	\$ 17.360,00		
01/09/76	30/09/76	30	16.800,00	560,00	\$ 16.800,00		
01/10/76	31/10/76	28	16.800,00	560,00	\$ 15.680,00		
01/11/76	30/11/76	30	16.800,00	560,00	\$ 16.800,00		
01/12/76	31/12/76	31	16.800,00	560,00	\$ 17.360,00		
Total días		363			\$ 203.280,00	\$ 560,00	\$ 16.800,00

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	21.500,00	716,67	\$ 22.216,67		
01/02/77	28/02/77	28	21.500,00	716,67	\$ 20.066,67		
01/03/77	31/03/77	31	21.500,00	716,67	\$ 22.216,67		
01/04/77	30/04/77	30	21.500,00	716,67	\$ 21.500,00		
01/05/77	31/05/77	31	21.500,00	716,67	\$ 22.216,67		
01/06/77	30/06/77	30	21.500,00	716,67	\$ 21.500,00		
01/07/77	31/07/77	31	21.500,00	716,67	\$ 22.216,67		
01/08/77	07/08/77	7	5.016,66	167,22	\$ 1.170,55		
Total días		219			\$ 153.103,89	\$ 699,10	\$ 20.973,14

Año 1978							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
23/08/78	31/08/78	9	21.420,00	714,00	\$ 6.426,00		
01/09/78	30/09/78	30	21.420,00	714,00	\$ 21.420,00		
01/10/78	31/10/78	31	21.420,00	714,00	\$ 22.134,00		
01/11/78	30/11/78	30	21.420,00	714,00	\$ 21.420,00		
01/12/78	31/12/78	31	21.420,00	714,00	\$ 22.134,00		
Total días		131			\$ 93.534,00	\$ 714,00	\$ 21.420,00

Año 1979							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual

Demandante: **GLADYS SILVA DE DÁVILA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

01/01/79	31/01/79	31	21.420,00	714,00	\$ 22.134,00		
01/02/79	28/02/79	28	21.420,00	714,00	\$ 19.992,00		
01/03/79	31/03/79	31	21.420,00	714,00	\$ 22.134,00		
01/04/79	30/04/79	30	21.420,00	714,00	\$ 21.420,00		
01/05/79	31/05/79	31	21.420,00	714,00	\$ 22.134,00		
01/06/79	30/06/79	30	21.420,00	714,00	\$ 21.420,00		
01/07/79	31/07/79	31	21.420,00	714,00	\$ 22.134,00		
01/08/79	31/08/79	31	21.420,00	714,00	\$ 22.134,00		
01/09/79	30/09/79	30	21.420,00	714,00	\$ 21.420,00		
01/10/79	31/10/79	31	21.420,00	714,00	\$ 22.134,00		
01/11/79	30/11/79	30	21.420,00	714,00	\$ 21.420,00		
01/12/79	31/12/79	31	21.420,00	714,00	\$ 22.134,00		
Total días		365			\$ 260.610,00	\$ 714,00	\$ 21.420,00

				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	21.420,00	714,00	\$ 22.134,00		
01/02/80	29/02/80	29	21.420,00	714,00	\$ 20.706,00		
01/03/80	31/03/80	31	21.420,00	714,00	\$ 22.134,00		
01/04/80	30/04/80	30	21.420,00	714,00	\$ 21.420,00		
01/05/80	31/05/80	31	21.420,00	714,00	\$ 22.134,00		
01/06/80	30/06/80	30	21.420,00	714,00	\$ 21.420,00		
01/07/80	31/07/80	31	21.420,00	714,00	\$ 22.134,00		
01/08/80	31/08/80	31	21.420,00	714,00	\$ 22.134,00		
01/09/80	30/09/80	30	21.420,00	714,00	\$ 21.420,00		
01/10/80	31/10/80	31	21.420,00	714,00	\$ 22.134,00		
01/11/80	30/11/80	30	21.420,00	714,00	\$ 21.420,00		
01/12/80	31/12/80	31	21.420,00	714,00	\$ 22.134,00		
Total días		366			\$ 261.324,00	\$ 714,00	\$ 21.420,00

				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	21.420,00	714,00	\$ 22.134,00		
01/02/81	28/02/81	28	21.420,00	714,00	\$ 19.992,00		
01/03/81	16/03/81	16	21.420,00	714,00	\$ 11.424,00		
26/09/81	30/09/81	5	12.190,66	406,36	\$ 2.031,78		
01/10/81	31/10/81	31	73.144,00	2.438,13	\$ 75.582,13		
01/11/81	30/11/81	30	73.144,00	2.438,13	\$ 73.144,00		
01/12/81	31/12/81	31	73.144,00	2.438,13	\$ 75.582,13		
Total días		172			\$ 279.890,04	\$ 1.627,27	\$ 48.818,03

				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	92.100,00	3.070,00	\$ 95.170,00		
01/02/82	28/02/82	28	92.100,00	3.070,00	\$ 85.960,00		
01/03/82	31/03/82	31	92.100,00	3.070,00	\$ 95.170,00		
01/04/82	30/04/82	30	92.100,00	3.070,00	\$ 92.100,00		
01/05/82	31/05/82	31	92.100,00	3.070,00	\$ 95.170,00		
01/06/82	30/06/82	30	92.100,00	3.070,00	\$ 92.100,00		
01/07/82	31/07/82	31	92.100,00	3.070,00	\$ 95.170,00		
01/08/82	31/08/82	31	92.100,00	3.070,00	\$ 95.170,00		

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2019-00163 -01
Demandante: **GLADYS SILVA DE DÁVILA.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

01/09/82	30/09/82	30	92.100,00	3.070,00	\$ 92.100,00		
01/10/82	31/10/82	31	92.100,00	3.070,00	\$ 95.170,00		
01/11/82	30/11/82	30	92.100,00	3.070,00	\$ 92.100,00		
01/12/82	31/12/82	31	92.100,00	3.070,00	\$ 95.170,00		
Total días		365			\$ 1.120.550,00	\$ 3.070,00	\$ 92.100,00

				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	111.700,00	3.723,33	\$ 115.423,33		
01/02/83	27/02/83	27	100.530,00	3.351,00	\$ 90.477,00		
Total días		58			\$ 205.900,33	\$ 3.550,01	\$ 106.500,17

				Año 1985			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
03/05/85	31/05/85	29	79.290,00	2.643,00	\$ 76.647,00		
01/06/85	30/06/85	30	79.290,00	2.643,00	\$ 79.290,00		
01/07/85	31/07/85	31	79.290,00	2.643,00	\$ 81.933,00		
01/08/85	31/08/85	31	79.290,00	2.643,00	\$ 81.933,00		
01/09/85	30/09/85	30	79.290,00	2.643,00	\$ 79.290,00		
Total días		151			\$ 399.093,00	\$ 2.643,00	\$ 79.290,00

				Año 1987			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
05/05/87	31/05/87	27	39.310,00	1.310,33	\$ 35.379,00		
01/06/87	30/06/87	30	39.310,00	1.310,33	\$ 39.310,00		
28/07/87	31/07/87	4	39.310,00	1.310,33	\$ 5.241,33		
01/08/87	31/08/87	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/09/87	30/09/87	30	39.310,00	1.310,33	\$ 39.310,00		
01/10/87	31/10/87	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/11/87	30/11/87	30	39.310,00	1.310,33	\$ 39.310,00		
01/12/87	31/12/87	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
Total días		214			\$ 280.411,33	\$ 1.310,33	\$ 39.310,00

				Año 1988			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/88	31/01/88	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/02/88	29/02/88	29	39.310,00	1.310,33	\$ 37.999,67		
01/03/88	31/03/88	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/04/88	30/04/88	30	39.310,00	1.310,33	\$ 39.310,00		
01/05/88	31/05/88	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/06/88	30/06/88	30	39.310,00	1.310,33	\$ 39.310,00		
01/07/88	31/07/88	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/08/88	31/08/88	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/09/88	30/09/88	30	39.310,00	1.310,33	\$ 39.310,00		
01/10/88	31/10/88	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/11/88	30/11/88	30	39.310,00	1.310,33	\$ 39.310,00		
01/12/88	31/12/88	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
Total días		366			\$ 479.582,00	\$ 1.310,33	\$ 39.310,00

Demandante: **GLADYS SILVA DE DÁVILA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

				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	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/02/89	28/02/89	28	39.310,00	1.310,33	\$ 36.689,33		
01/03/89	31/03/89	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/04/89	30/04/89	30	39.310,00	1.310,33	\$ 39.310,00		
01/05/89	31/05/89	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/06/89	30/06/89	30	39.310,00	1.310,33	\$ 39.310,00		
01/07/89	31/07/89	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/08/89	31/08/89	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/09/89	30/09/89	30	39.310,00	1.310,33	\$ 39.310,00		
01/10/89	31/10/89	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/11/89	30/11/89	30	39.310,00	1.310,33	\$ 39.310,00		
01/12/89	31/12/89	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
Total días		365			\$ 478.271,67	\$ 1.310,33	\$ 39.310,00

				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	47.370,00	1.579,00	\$ 48.949,00		
01/02/90	28/02/90	28	47.370,00	1.579,00	\$ 44.212,00		
01/03/90	31/03/90	31	47.370,00	1.579,00	\$ 48.949,00		
01/04/90	30/04/90	30	47.370,00	1.579,00	\$ 47.370,00		
01/05/90	31/05/90	31	47.370,00	1.579,00	\$ 48.949,00		
01/06/90	30/06/90	30	47.370,00	1.579,00	\$ 47.370,00		
01/07/90	31/07/90	31	47.370,00	1.579,00	\$ 48.949,00		
01/08/90	31/08/90	31	47.370,00	1.579,00	\$ 48.949,00		
01/09/90	30/09/90	30	47.370,00	1.579,00	\$ 47.370,00		
01/10/90	31/10/90	31	47.370,00	1.579,00	\$ 48.949,00		
01/11/90	30/11/90	30	47.370,00	1.579,00	\$ 47.370,00		
01/12/90	31/12/90	31	47.370,00	1.579,00	\$ 48.949,00		
Total días		365			\$ 576.335,00	\$ 1.579,00	\$ 47.370,00

				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	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/02/91	28/02/91	28	54.630,00	1.821,00	\$ 50.988,00		
01/03/91	31/03/91	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/04/91	30/04/91	30	54.630,00	1.821,00	\$ 54.630,00		
01/05/91	31/05/91	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/06/91	30/06/91	30	54.630,00	1.821,00	\$ 54.630,00		
01/07/91	31/07/91	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/08/91	31/08/91	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/09/91	30/09/91	30	54.630,00	1.821,00	\$ 54.630,00		
01/10/91	31/10/91	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/11/91	30/11/91	30	54.630,00	1.821,00	\$ 54.630,00		
01/12/91	31/12/91	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
Total días		365			\$ 664.665,00	\$ 1.821,00	\$ 54.630,00

				Año 1992			
--	--	--	--	----------	--	--	--

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2019-00163 -01
Demandante: **GLADYS SILVA DE DÁVILA.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

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	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/02/92	29/02/92	29	70.260,00	2.342,00	\$ 67.918,00		
01/03/92	31/03/92	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/04/92	30/04/92	30	70.260,00	2.342,00	\$ 70.260,00		
01/05/92	31/05/92	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/06/92	30/06/92	30	70.260,00	2.342,00	\$ 70.260,00		
01/07/92	31/07/92	30	70.260,00	2.342,00	\$ 70.260,00		
01/08/92	31/08/92	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/09/92	30/09/92	30	70.260,00	2.342,00	\$ 70.260,00		
01/10/92	31/10/92	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/11/92	30/11/92	30	70.260,00	2.342,00	\$ 70.260,00		
01/12/92	31/12/92	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
Total días		365			\$ 854.830,00	\$ 2.342,00	\$ 70.260,00

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	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
01/02/93	28/02/93	28	89.070,00	2.969,00	\$ 83.132,00		
01/03/93	31/03/93	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
01/04/93	30/04/93	30	89.070,00	2.969,00	\$ 89.070,00		
01/05/93	31/05/93	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
01/06/93	30/06/93	30	89.070,00	2.969,00	\$ 89.070,00		
01/07/93	31/07/93	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
01/08/93	31/08/93	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
01/09/93	30/09/93	30	89.070,00	2.969,00	\$ 89.070,00		
01/10/93	31/10/93	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
01/11/93	30/11/93	30	89.070,00	2.969,00	\$ 89.070,00		
01/12/93	31/12/93	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
Total días		365			\$ 1.083.685,00	\$ 2.969,00	\$ 89.070,00

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	107.675,00	3.589,17	\$ 111.264,17		
01/02/94	28/02/94	28	107.675,00	3.589,17	\$ 100.496,67		
01/03/94	31/03/94	31	107.675,00	3.589,17	\$ 111.264,17		
01/04/94	30/04/94	30	98.700,00	3.290,00	\$ 98.700,00		
01/05/94	31/05/94	31	98.700,00	3.290,00	\$ 101.990,00		
01/06/94	30/06/94	30	98.700,00	3.290,00	\$ 98.700,00		
01/07/94	31/07/94	31	98.700,00	3.290,00	\$ 101.990,00		
01/08/94	31/08/94	31	98.700,00	3.290,00	\$ 101.990,00		
01/09/94	30/09/94	30	98.700,00	3.290,00	\$ 98.700,00		
01/10/94	31/10/94	31	98.700,00	3.290,00	\$ 101.990,00		
01/11/94	30/11/94	30	98.700,00	3.290,00	\$ 98.700,00		
01/12/94	31/12/94	31	98.700,00	3.290,00	\$ 101.990,00		
Total días		365			\$ 1.227.775,00	\$ 3.363,77	\$ 100.913,01

Año 1995							
----------	--	--	--	--	--	--	--

Demandante: **GLADYS SILVA DE DÁVILA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/95	31/01/95	30	118.933,00	3.964,43	\$ 118.933,00		
01/02/95	28/02/95	30	118.933,00	3.964,43	\$ 118.933,00		
01/03/95	31/03/95	30	118.933,00	3.964,43	\$ 118.933,00		
01/04/95	30/04/95	30	118.933,00	3.964,43	\$ 118.933,00		
01/05/95	31/05/95	30	118.933,00	3.964,43	\$ 118.933,00		
01/06/95	30/06/95	30	118.933,00	3.964,43	\$ 118.933,00		
01/07/95	31/07/95	30	118.933,00	3.964,43	\$ 118.933,00		
01/08/95	31/08/95	30	118.933,00	3.964,43	\$ 118.933,00		
01/09/95	30/09/95	30	118.933,00	3.964,43	\$ 118.933,00		
01/10/95	31/10/95	30	118.933,00	3.964,43	\$ 118.933,00		
01/11/95	30/11/95	30	118.933,00	3.964,43	\$ 118.933,00		
01/12/95	31/12/95	30	118.933,00	3.964,43	\$ 118.933,00		
Total días		360			\$ 1.427.196,00	\$ 3.964,43	\$ 118.933,00

Año 1996							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/96	31/01/96	30	142.126,00	4.737,53	\$ 142.126,00		
01/02/96	29/02/96	30	142.126,00	4.737,53	\$ 142.126,00		
01/03/96	31/03/96	30	142.126,00	4.737,53	\$ 142.126,00		
01/04/96	30/04/96	30	142.126,00	4.737,53	\$ 142.126,00		
01/05/96	31/05/96	30	142.126,00	4.737,53	\$ 142.126,00		
01/06/96	30/06/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/07/96	31/07/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/08/96	31/08/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/09/96	30/09/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/10/96	31/10/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/11/96	30/11/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/12/96	31/12/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
Total días		360			\$ 1.705.505,00	\$ 4.737,51	\$ 142.125,42

Año 1997							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/97	31/01/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/02/97	28/02/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/03/97	31/03/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/04/97	30/04/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/05/97	31/05/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/06/97	30/06/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/07/97	31/07/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/08/97	31/08/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/09/97	30/09/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/10/97	31/10/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/11/97	30/11/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/12/97	31/12/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
Total días		360			\$ 2.064.060,00	\$ 5.733,50	\$ 172.005,00

Año 1998							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/98	31/01/98	30	204.000,00	6.800,00	\$ 204.000,00		

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2019-00163 -01
Demandante: **GLADYS SILVA DE DÁVILA.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

01/02/98	28/02/98	30	204.000,00	6.800,00	\$ 204.000,00		
01/03/98	31/03/98	30	204.000,00	6.800,00	\$ 204.000,00		
01/04/98	30/04/98	30	204.000,00	6.800,00	\$ 204.000,00		
01/05/98	31/05/98	30	204.000,00	6.800,00	\$ 204.000,00		
01/06/98	30/06/98	30	204.000,00	6.800,00	\$ 204.000,00		
01/07/98	31/07/98	30	204.000,00	6.800,00	\$ 204.000,00		
01/08/98	31/08/98	30	204.000,00	6.800,00	\$ 204.000,00		
01/09/98	30/09/98	30	204.000,00	6.800,00	\$ 204.000,00		
01/10/98	31/10/98	30	204.000,00	6.800,00	\$ 204.000,00		
01/11/98	30/11/98	30	204.000,00	6.800,00	\$ 204.000,00		
01/12/98	31/12/98	30	204.000,00	6.800,00	\$ 204.000,00		
Total días		360			\$ 2.448.000,00	\$ 6.800,00	\$ 204.000,00

				Año 1999			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/99	31/01/99	30	236.460,00	7.882,00	\$ 236.460,00		
01/02/99	28/02/99	30	236.460,00	7.882,00	\$ 236.460,00		
01/03/99	31/03/99	30	236.460,00	7.882,00	\$ 236.460,00		
01/04/99	30/04/99	21	236.460,00	7.882,00	\$ 165.522,00		
Total días		111			\$ 874.902,00	\$ 7.882,00	\$ 236.460,00

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
1972	74	0,20	52,18	264,72	\$ 18.000,00	\$ 4.765.010,81	\$ 11.753.693,32
1973	365	0,22	52,18	232,23	\$ 21.000,00	\$ 4.876.868,01	\$ 59.335.227,43
1974	238	0,28	52,18	187,16	\$ 21.000,00	\$ 3.930.283,72	\$ 31.180.250,86
1975	227	0,35	52,18	148,12	\$ 16.195,24	\$ 2.398.869,30	\$ 18.151.444,34
1976	363	0,41	52,18	125,77	\$ 16.800,00	\$ 2.112.949,02	\$ 25.566.683,16
1977	219	0,52	52,18	100,01	\$ 20.973,14	\$ 2.097.466,66	\$ 15.311.506,62
1978	131	0,67	52,18	77,70	\$ 21.420,00	\$ 1.664.307,18	\$ 7.267.474,68
1979	365	0,80	52,18	65,61	\$ 21.420,00	\$ 1.405.381,94	\$ 17.098.813,55
1980	366	1,02	52,18	50,94	\$ 21.420,00	\$ 1.091.142,03	\$ 13.311.932,77
1981	172	1,29	52,18	40,48	\$ 48.818,03	\$ 1.975.939,98	\$ 11.328.722,58
1982	365	1,63	52,18	32,01	\$ 92.100,00	\$ 2.947.824,19	\$ 35.865.194,36
1983	58	2,02	52,18	25,81	\$ 106.500,17	\$ 2.748.311,89	\$ 5.313.402,98
1985	151	2,79	52,18	18,70	\$ 79.290,00	\$ 1.483.106,47	\$ 7.464.969,26
1987	214	4,13	52,18	12,63	\$ 39.310,00	\$ 496.479,76	\$ 3.541.555,66
1988	366	5,12	52,18	10,18	\$ 39.310,00	\$ 400.317,09	\$ 4.883.868,46
1989	365	6,57	52,18	7,95	\$ 39.310,00	\$ 312.443,91	\$ 3.801.400,94
1990	365	8,28	52,18	6,30	\$ 47.370,00	\$ 298.523,37	\$ 3.632.034,39
1991	365	10,96	52,18	4,76	\$ 54.630,00	\$ 260.090,41	\$ 3.164.433,30
1992	365	13,90	52,18	3,75	\$ 70.260,00	\$ 263.754,93	\$ 3.209.018,31
1993	365	17,40	52,18	3,00	\$ 89.070,00	\$ 267.207,95	\$ 3.251.030,08
1994	365	21,33	52,18	2,45	\$ 100.913,01	\$ 246.914,42	\$ 3.004.125,38
1995	360	26,15	52,18	2,00	\$ 118.933,00	\$ 237.370,06	\$ 2.848.440,74
1996	360	31,24	52,18	1,67	\$ 142.125,42	\$ 237.435,30	\$ 2.849.223,61
1997	360	38,00	52,18	1,37	\$ 172.005,00	\$ 236.233,49	\$ 2.834.801,90
1998	360	44,72	52,18	1,17	\$ 204.000,00	\$ 238.074,23	\$ 2.856.890,80
1999	111	52,18	52,18	1,00	\$ 236.460,00	\$ 236.460,00	\$ 874.902,00
Total días	7415	I.B.L 1999					\$ 299.701.041,49
							\$ 1.212.546,36
Pensión					Tasa de reemplazo	78%	\$ 945.786,16

De esta manera, encontramos que el valor de la mesada pensional reconocida a Alfonso Dávila Ortiz por parte del extinto I.S.S. mediante la Resolución 013339 de 1999, por valor de **\$236.460** a 1999, es inferior a la resultante en esta instancia, esto es, **\$945.786,16**, por lo que resulta procedente la reliquidación de la prestación. En consecuencia, se **REVOCARÁ la sentencia**, y en su lugar se ordenará el reconocimiento y pago de la reliquidación de la mesada pensional.

A continuación, se procederá a verificar si la demandante Gladys Silva de Dávila goza de legitimación en la causa por activa para obtener a su favor el reconocimiento y pago de la prestación reliquidada.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA.

Al respecto, es necesario aclarar que al reconocérsele a la señora Gladys Silva de Dávila la pensión de sobrevivientes de la prestación que en vida causó el señor Alfonso Dávila Ortiz, a través de la Resolución GNR 49448 de 2017, ostenta la legitimación en la causa para solicitar la reliquidación pensional, pues el monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado es igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba conforme al artículo 48 de la Ley 100 de 1993, por lo que la reliquidación de la prestación que en vida gozó el causante va repercutir directamente en la pensión que le fue sustituida.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL5062-2019, estableció:

“Señala que la demandante carece de legitimación en la causa por activa, pues la prestación que es objeto de reajuste o reliquidación es la pensión de vejez que le fue reconocida a Jesús Alzate Castaño, único legitimado para solicitar por vía administrativa o judicial dicha pretensión, sin que le asista razón en dicha inconformidad toda vez que, como quedó sentado en sede extraordinaria, de conformidad con el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, «en el monto de la pensión de sobrevivientes del beneficiario de un pensionado, incide de manera directa el valor del beneficio pensional que aquel disfrutaba antes de su deceso», precepto legal que habilita a la actora del juicio para elevar la solicitud de reconocimiento de la reliquidación que hoy reclama.

Aunado a lo anterior, la legitimación en la causa por activa, en este caso, proviene de la condición de causahabiente del pensionado fallecido, la que le permite adquirir los derechos que le transmite el causante, sustituirlo en

la pensión de vejez que en vida le fue reconocida o lo que sería lo mismo, reemplazarlo en la posición de pensionado, conforme a la cual puede ejercer los mismos actos y acciones que la ley disponía para aquel.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los derechos que emanan de las leyes sociales y de la seguridad social esencialmente se orientan a la protección de afiliados y pensionados, por lo cual, amparan a las personas que como causahabientes o beneficiarios legales están llamados a acceder a los derechos por aquellos causados”.

“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 diáfananamente 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.”

Sin embargo, lo anterior no quiere decir que la demandante tuviera la legitimación para reclamar a su favor todos los valores, pues los valores que sean causados con anterioridad al fallecimiento del causante deben ingresar a la masa sucesoral, al tratarse del reajuste de la mesada que le correspondía percibir en vida al pensionado fallecido. Sobre el tópico, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1113-2019, en un caso de similares características señaló:

“Ahora bien, la demandante afirma en su alzada que en razón a la anterior modificación del monto de la pensión de jubilación que percibía el causante, la cual repercute en el valor a pagar por concepto de pensión de sobrevivientes como ya se explicó, esta Sala también debe recalcular el valor de las diferencias pensionales ordenadas pagar por el juez de primera instancia en virtud de la compatibilidad declarada en la sentencia apelada, para el periodo 20 de febrero de 2004 a 30 de enero de 2006. **Sin embargo, la Corte debe advertir que la actora no se encuentra legitimada en la causa para reclamar a su favor, el pago de estos valores,** como quiera que se trata de un reajuste de la mesada que le correspondía percibir en vida al pensionado fallecido, lo cual implica que tal pago deba efectuarse a favor de la masa sucesoral de Rafael Antonio Jiménez Marrugo y no de su cónyuge Tulia Isabel Sarmiento de Jiménez”. (Negrillas por la Sala).

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 la demandante solicitó la reliquidación de la mesada pensional el día 30 de octubre de 2018, por lo que operó la prescripción de las mesadas y diferencias que se hubieren podido causar con anterioridad al **30 de octubre de 2015**, fecha para la cual la mesada equivale a **\$2'141.392,39**, según reajustes que se observan a continuación:

FECHA FINAL	PENSIÓN	REAJUSTE ANUAL
1.999	\$ 945.786,16	9,23%
2.000	\$ 1.033.082,22	8,75%
2.001	\$ 1.123.476,92	7,65%
2.002	\$ 1.209.422,90	6,99%
2.003	\$ 1.293.961,56	6,49%
2.004	\$ 1.377.939,67	5,50%
2.005	\$ 1.453.726,35	4,85%
2.006	\$ 1.524.232,08	4,48%
2.007	\$ 1.592.517,67	5,69%
2.008	\$ 1.683.131,93	7,67%
2.009	\$ 1.812.228,15	2,00%
2.010	\$ 1.848.472,71	3,17%
2.011	\$ 1.907.069,30	3,73%
2.012	\$ 1.978.202,98	2,44%
2.013	\$ 2.026.471,13	1,94%
2.014	\$ 2.065.784,67	3,66%
2.015	\$ 2.141.392,39	

Al punto, se aclara que si bien a folio 15 obra una reclamación del 15 de mayo de 2017, de la misma no se logra determinar el objeto que tuvo dicha petición, por lo que no es dable considerar que con ella se logró interrumpir el fenómeno prescriptivo.

RETROACTIVO.

En consideración a que el señor Alfonso Dávila Ortiz falleció el 10 de noviembre de 2015, el retroactivo causado hasta el 09 de noviembre del mismo año, le corresponde a su masa sucesoral, pues sólo fue a partir del 10 de noviembre de 2015 que se reconoció la pensión de sobrevivientes a favor de GLADYS SILVA DE DÁVILA, tal y como da cuenta la Resolución GNR 49448 de 2017.

Así, tenemos que el valor del retroactivo por las diferencias generadas entre el 30 de octubre y el 09 de noviembre de 2015, equivalen a la suma de **\$499.014,13**, valor que debe ser pagados a favor de la masa sucesoral de Alfonso Dávila Ortiz, conforme a lo expuesto en precedencia y a la sentencia SL1113-2019; y a partir del 10 de noviembre de 2015 se deben pagar las diferencias que se causen entre la mesada reconocida por COLPENSIONES y la resultante en este proveído, que se reitera es la suma de **\$2'141.392,39**. Frente al primer valor, tenemos las siguientes operaciones aritméticas de rigor:

AÑO	VALOR MESADA	VALOR COLPENSIONES	DIFERENCIA	MESADAS	TOTAL
2015	\$ 2.141.392,39	\$ 644.350,00	\$ 1.497.042,39	0,33	\$ 499.014,13

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:

Demandante: **GLADYS SILVA DE DÁVILA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

"[...] 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 específicas 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.º 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**).

Ahora, y en relación con el caso específico del reconocimiento pensional con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta aportes públicos, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la **SL1689-2019, SL4480-2020, SL4811-2020, y SL2071-2021**, señaló que no proceden cuando el reconocimiento de la pensión obedece al cambio de criterio jurisprudencial ocurrido con posterioridad a la reclamación, como ocurre en el caso presente.

Así las cosas, se procederá al reconocimiento y pago de las diferencias que resulten como consecuencia de la reliquidación debidamente indexada, al verse sometidas a depreciación monetaria por la pérdida del poder adquisitivo del dinero, resultando procedente garantizar el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa. Lo dicho, de conformidad con las sentencias **SL194-2019, SL3397-2020 y SL359-2021.**

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en ambas instancias.

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** que ALFONSO DÁVILA ORTIZ tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez, al ser beneficiario del régimen de transición, del Acuerdo 049 de 1990, de una tasa de reemplazo del 78%, y resultarle más favorable la liquidación teniendo en cuenta los aportes realizados durante toda su vida laboral.
- B. DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** de las mesadas y diferencias causadas con anterioridad al 30 de octubre de 2015.
- C. DECLARAR** que COLPENSIONES debe reconocer a favor de la masa sucesoral de ALFONSO DÁVILA ORTIZ la suma de **\$499.014,13** por concepto de diferencias causadas entre el **30 de octubre de 2015 y el 09 de noviembre de 2015**; valor que se deberá pagar debidamente **indexado** al momento en que se haga efectivo su pago.

Demandante: **GLADYS SILVA DE DÁVILA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

D. **CONDENAR** a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez de ALFONSO DÁVILA ORTIZ, y que le fuere sustituida a **GLADYS SILVA DE DÁVILA**, a partir del **10 de noviembre de 2015**, teniendo como mesada, la suma de **\$2'141.392,39**. Igualmente, se deberán reconocer las **diferencias** que surjan entre la mesada que se venía reconociendo y la que se establece a partir del 10 de noviembre de 2015, debidamente **indexadas** al momento en que se haga efectivo su pago.

E. **ABSOLVER** a COLPENSIONES de las demás pretensiones 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
Salvo Voto!

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2018-00727 -01

Demandante: **IVÁN ERNESTO GUERRA MATIZ**

Demandado: **COLPENSIONES**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 010

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1º 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 Sexto Laboral del Circuito de Bogotá el 01 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **IVÁN ERNESTO GUERRA MATIZ** promoviese contra **COLPENSIONES**.

II. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor solicita *“Ordénese pagar a favor del señor IVAN ERNESTO GUERRA MATIZ el siguiente valor, desde Julio de 1992, \$511.200 M/Cte, mensuales por los valores dejado (sic) de percibir a la pensión hasta enero del año 2017, de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100”*. Como consecuencia de lo anterior, solicita el valor

de las mesadas dejadas de pagar desde julio de 1992 hasta enero de 2017, indexación, e intereses moratorios.

2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta: **1)** Aportó para pensión del 08 de enero de 1979 al 30 de marzo de 1997 en el Instituto de los Seguros Sociales; **2)** Su empleador era I.B.M. de Colombia, quien certificó que su último salario era la suma de \$1'815.000; **3)** El 07 de julio de 2014, I.B.M. de Colombia radicó una solicitud de corrección de historia laboral con ocasión al salario que devengaba, empero fue negado por Colpensiones, en consideración a que los salarios señalados son los que reportó su empleador; **4)** El 26 de diciembre de 2014 solicitó la corrección de la historia laboral, no obstante, ante la falta de respuesta inició acción de tutela que fue resuelta favorablemente, ordenándose a Colpensiones efectuar la respectiva corrección de la historia laboral; y **5)** El 22 de septiembre de 2017 solicitó a Colpensiones y al Ministerio de Hacienda, los dineros dejados de percibir desde julio de 1992 hasta enero de 2017 por valor de \$511.200, quien señaló que no ha modificado su salario ni su bono pensional.

3. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

COLPENSIONES (fls. 181 a 199), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de intereses moratorios, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, prescripción, y la innominada o genérica.

Expuso que el empleador del accionante, esto es, I.B.M. Colombia, era quien tenía la obligación de efectuar sus aportes con el correspondiente salario que tenía su empleador, aun cuando dicho salario superara la máxima categoría del I.S.S.; que si el I.B.C. supera el máximo asegurable de

la época debe restarse el valor excluido reportado en la relación mensual de trabajadores, para el seguro de invalidez, vejez y muerte; y que I.B.M. de Colombia reportó un salario de \$1'212.000, un valor de primas por \$605.000, y un valor excluido de \$1'149.930, dando como resultado el máximo asegurable para la época.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 01 de septiembre de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió que con la historia laboral aportada al proceso se acreditó que en el ciclo 199206 se reportó por parte del empleador del accionante la suma de \$665.070; que si bien obra certificación en la que se establece que el salario del accionante era la suma de \$1'815.000, también lo es que para 1992 existían unas tablas que establecían topes de los valores máximo de cotización asegurable, siendo el máximo para tal año en la suma de \$665.070; y que por lo anterior, el I.S.S. no podía recibir un aporte sobre un valor superior.

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 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 la apoderada de Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, que como la sentencia fue totalmente adversa en este caso al afiliado demandante, la Sala en virtud de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., modificado por el artículo 14 de

la Ley 1149 de 2007, **surtirá el grado jurisdiccional de consulta** en favor de la activa en lo respectivo a la sentencia de primer grado.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Lo primero por decir es que, si bien es cierto que la demanda no es un modelo a seguir, también lo es que el juez debe acudir a su facultad interpretativa de los segmentos del texto, en conjunto, de manera lógica y racional e integra en aras de salvaguardar los derechos de las partes y de otorgar prevalencia al derecho sustancial.

Sentado lo anterior conforme a las pretensiones de la demanda la Sala encuentra que el **problema jurídico a resolver** se circunscribe a determinar si a cargo de COLPENSIONES se debe ordenar el reconocimiento y pago al demandante de la suma de \$511.200 mensuales desde julio de 1992 a enero de 2017, teniendo en cuenta que el I.B.C., real del actor para junio de 1992 era de \$1'815.000.

DEL INGRESO BASE DE COTIZACIÓN.

El ingreso base de cotización es el monto del salario del trabajador con el que se determina el valor de los aportes que deben realizar al Sistema General de Seguridad Social.

En cuanto a la base de cotización o aportes al Sistema, estos también están sometidos a unos topes mínimos y máximos, lo que implica que no se pueden efectuar sobre un valor inferior o superior a lo que determine la ley, lo que se determina con las normas vigentes para la época de la cotización. Frente al punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL409-2021 estableció:

“Ahora, en punto de la norma que se debe aplicar a cada hipótesis, la Corte señaló que los topes pensionales deberán tener en cuenta el precepto vigente al momento de la causación de la prestación.

De donde, para las que se originan en vigencia:

i) Del artículo 2° de la Ley 4ª de 1976, que, se resalta, es aplicable a las prestaciones de «jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores públicos, oficial,

semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales», no podían ser superiores a 22 veces el salario mínimo legal mensual vigente.

ii) Del artículo 2° de Ley 71 de 1988, esto es, entre el 19 de diciembre de 1988 y el 17 de mayo de 1992, estarían limitadas a «[...] quince (15) veces dicho salario; salvo lo previsto en convenciones colectivas, pactos colectivos y laudos arbitrales».

iii) De la Ley 4ª de 1992 y antes de la Ley 100 de 1993, serían de máximo veinte (20) salarios mínimos mensuales vigentes, en razón a que el parágrafo del artículo 35 de la última Ley, inaplicó el tope previsto en el artículo 2° de la Ley 71 de 1988, por lo que resaltó la Corte en las providencias citadas, «en sana lógica [ordenó] acoger el límite máximo de los 20 salarios mínimos legales» del parágrafo 3° del artículo 18, ibidem.

iv) De la Ley 100 de 1993 y antes del 29 de enero de 2003, no podían ser superiores a veinte (20) salarios mínimos legales vigentes, según el parágrafo 3° del artículo 18, ibidem, en armonía con el artículo 2° del Decreto 314 de 1994.

iv) De la Ley 797 de 2003, cuyos efectos iniciaron el 29 de enero de 2003, con tope de hasta veinticinco (25) salarios mínimos mensuales vigentes, como lo previó su artículo 5°."

Por otra parte, el artículo 2° del Acuerdo 048 de 1989 establecía:

“Artículo 2° Modificar el artículo 3° de los Acuerdos 229 y 025 de 1982, proferidos por las Juntas Administradora y de Seguros Económicos del ISS, respectivamente, los cuales quedarán así:

"A partir de la fecha de publicación en el DIARIO OFICIAL del Decreto que aprueba el presente Acuerdo, se modifica el salario de base diario y mensual de la Categoría 32 de la Tabla de Categorías y Aportes del Instituto y se adiciona dicha Tabla, en la forma que a continuación se indica”:

	Salarios	Diarios	Salario base	Salario base
<i>Categoría</i>	<i>Desde</i>	<i>Hasta</i>	<i>diario</i>	<i>mensual</i>
32	5.250	5.761.99	5.502.00	165.180
33	5.762	6.307.99	6.035.00	181.050
34	6.308	6.885.99	6.597.00	197.910
35	6.886	7.499.99	7.193.00	215.790
36	7.500	8.147.99	7.824.00	234.720
37	8.148	8.833.99	8.491.00	254.730
38	8.834	9.555.99	9.195.00	275.850
39	9.556	10.317.99	9.937.00	298.110
40	10.318	11.117.99	10.718.00	321.540
41	11.118	11.959.99	11.539.00	346.170
42	11.960	12.841.99	12.401.00	372.030
43	12.842	13.767.99	13.305.00	399.150
44	13.768	14.735.99	14.252.00	427.560
45	14.736	15.749.99	15.243.00	457.290
46	15.750	16.807.99	16.279.00	488.370

47	16.808	17.913.99	17.361.00	520.830
48	17.914	19.065.99	18.490.00	554.700
49	19.066	20.267.99	19.667.00	590.010
50	20.268	21.517.99	20.893.00	626.790
51	21.518	22.819.99	22.169.00	665.070

En síntesis, en lo que tiene que ver con el régimen pensional administrado por el Instituto de Seguros Sociales, existían unas tablas de categorías y cotizaciones que imponían un tope de salarios mínimos y máximo asegurables según la categoría que correspondiera. Este último, es decir, el salario máximo asegurable, de conformidad con el Acuerdo 048 de 1989, aprobado por el Decreto 2610 del mismo año, estaba cuantificado en la suma de \$665.070, tal como se transcribió en precedencia.

Indicaba lo anterior, que el ISS no recibía –ni estaba autorizado para hacerlo según sus reglamentos--, ninguna cotización que superara el salario máximo asegurable, de donde se seguía, como inexorable consecuencia, que así un afiliado devengara o percibiera ingresos más allá del mismo, sus cotizaciones no podían superar el tope legal establecido.

Al tenor de los Acuerdos y demás disposiciones que regulaban las pensiones de vejez, entre ellas, las atinentes a los límites de cotizaciones a los cuales debía someterse el empresario inscrito en el ISS, las mismas establecían un salario máximo asegurable, por encima del cual, se repite, la entidad de previsión social no podía recibir cotizaciones.

Sobre el tópico, y la interpretación de tal normatividad, la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral, en sentencia del 31 de marzo de 2009, Rad. 31855, reiterada en la SL1070-2020 explicó:

“ La Ley 100 de 1993, especialmente su artículo 117, tomó el 30 de junio de 1992, como fecha de referencia para determinar el valor de los bonos pensionales en orden a la implementación y cabal desarrollo del nuevo Sistema General de Pensiones establecido por dicha ley.

Para la fecha en mención, valga la pena recordarlo, el régimen pensional estaba fundamentalmente a cargo del Instituto de Seguros Sociales y de algunas cajas de previsión social de naturaleza pública, así como en cabeza de algunos empleadores –públicos y privados--.

sistema, eran producto de las cotizaciones o aportes realizadas por empleadores y trabajadores o por el tiempo de servicios en el sector público.

Asimismo, para ese entonces, y en lo que tiene que ver con el régimen pensional administrado por el Instituto de Seguros Sociales, existían unas tablas de categorías y cotizaciones que imponían un tope de salarios mínimos y máximo asegurables según la categoría que correspondiera. Este último, es decir, **el salario máximo asegurable, de conformidad con el Acuerdo 048 de 1989, aprobado por el Decreto 2610 del mismo año, estaba cuantificado en la suma de \$665.070.**

Indicaba lo anterior, que el ISS no recibía –ni estaba autorizado para hacerlo según sus reglamentos--, ninguna cotización que superara el salario máximo asegurable, de donde se seguía, como inexorable consecuencia, que así un afiliado devengara o percibiera ingresos más allá del mismo, sus cotizaciones no podían superar el tope legal establecido”. (Negritas por la Sala).

DEL CASO CONCRETO.

De lo probado en el proceso.

- i) Iván Ernesto Guerra Matiz nació el 15 de julio de 1953 (fl.35).
- ii) El último salario **devengado (junio de 1992)** por el accionante para I.B.M. de Colombia fue la suma de \$1'815.000 (fl.45).
- iii) El I.B.C. del accionante que se reportó a junio de 1992, por parte del empleador IBM-Colombia, es la suma de \$665.070 (fls. 38 a 43).
- iv) El demandante se encuentra afiliado a la A.F.P PROVENIR S.A. desde el 01 de abril de 1997 (fl.95).
- v) El 13 de marzo de 2014, la sociedad I.B.M. de Colombia, solicitó la corrección de la historia laboral del accionante (fl.46).
- vi) El 31 de julio de 2014, Colpensiones profirió respuesta señalando que para los ciclos 199206 y 199207, el ingreso base de cotización que aparece relacionado es el que reportó el empleador en su momento (fl.49); respuesta que reiteró el 03 de septiembre de 2014 (fl.53)
- vii) El 29 de octubre de 2014, Colpensiones le señaló al accionante que el salario reportado era de \$665.070 para los ciclos 199206 y 199207 (fl.54).
- viii) El 22 de diciembre de 2014, Colpensiones le reiteró al accionante que el I.B.C. reportado por I.B.M. Colombia en 199206 y 199207, era la suma de \$665.070, y que si se requería

certificación para bono pensional, esta solicitud debía ser efectuada ante la A.F.P. Porvenir S.A. en la que se encontraba afiliado (medio óptico- fl.200).

- ix) El 20 de marzo de 2015 solicitó la corrección de su historia laboral, dado que su salario para el 30 de junio de 1992 era la suma de \$1'815.000 (fls. 56 a 59).
- x) El Juzgado 15 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá-Sección Segunda, el 13 de julio de 2015, tuteló el derecho de petición del accionante, y dispuso que se debía proferir una respuesta de fondo, clara y congruente sobre la petición de efectuar corrección de historia laboral (fls. 62 a 70).
- xi) El 15 de septiembre de 2015, Colpensiones dio respuesta a la petición del actor, señalando que se envió la planilla de aportes pensionales a la oficina de bonos pensionales, y que los periodos 198605, 198812, 199206, y 199207, se encuentran correctamente acreditados en la historia laboral (fl.87).
- xii) El 15 de junio de 2017 solicitó al Ministerio de Hacienda que para la liquidación del bono pensional al 30 de junio de 1992, se debía tener en cuenta como salario la suma de \$1'815.000, puesto que este fue su último salario (fls. 92 a 94); pero la entidad respondió que no podía liquidar su bono pensional con un salario superior a \$1'303.800, dado que el tope máximo legal para la época era tal suma (fls.100 y 101).
- xiii) El 22 de septiembre de 2017 el actor elevó nuevo derecho de petición a Colpensiones (fls. 103 y 104); quien señaló que según el Acuerdo 048 de 1989 el límite asegurable para pensión es la suma de \$665.070, y que para la época si el I.B.C. superaba el máximo asegurable debía restarse el valor excluido reportado en la relación mensual de trabajadores, de manera que si el actor devengaba \$1'210.000 por salario, y \$605.000 por primas, y tenía un valor excluido de \$1'149.930, el máximo asegurable era la suma de \$665.070 (fls. 105 y 106).
- xiv) El 25 de julio de 2018 elevó reclamación administrativa, solicitando **“el pago que por error de Colpensiones en la transcripción en la base de la liquidación pensional, ocasiona unos valores dejados de cancelar al señor IVAN**

ERNESTO GUERRA MATIZ, por \$511.200, Quinientos once mil doscientos pesos M/Cte., causados desde Junio de 1992, que a la fecha del 01 de enero del año 2017 el resultado es de \$150'804.000, Ciento Cincuenta Millones Ochocientos, Cuatro Mil Pesos, M/Cte." (fls. 135 a 141)

- xv) El 25 de julio de 2018 reiteró la respuesta del 22 de septiembre de 2017 (fls. 142 y 143).

Pues bien. Como ya se anotó en precedencia, en el caso de marras las pretensiones planteadas en la demanda adolecen de claridad; no obstante, de un análisis íntegro del libelo genitor y de las correspondientes peticiones que elevó el accionante ante Colpensiones, entiende la Sala que lo que se pretende es que COLPENSIONES, reconozca y pague al demandante la suma de \$501.200, **mes a mes**, desde julio de 1992 hasta enero de 2017, al no tenerse como I.B.C. la suma de \$1'815.000, atribuyendo lo anterior a un **"error de Colpensiones en la transcripción en la base de la liquidación pensional, que ocasiona unos valores dejados de cancelar"**

En relación con la devolución, reconocimiento de sumas o pago de aportes o semanas directamente al afiliado, es necesario tener en cuenta que dicho reconocimiento no resulta posible, en consideración a que, en primer lugar, los aludidos aportes pertenecen al sistema general de pensiones y sirven para el financiamiento de otras prestaciones en el régimen de prima media, en virtud del principio de solidaridad, y en segundo lugar con ocasión al principio de sostenibilidad financiera. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 06 de marzo de 2012, Rad. 41368, explicó:

"El principio de solidaridad encuentra su respaldo no sólo en el artículo 1° de la Constitución Política, sino también en la misma Ley 100 de 1993, al disponer que se materializa en la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades, bajo el principio del más fuerte hacia el más débil; por ello esta Sala ha entendido que la solidaridad se impone como deber jurídico, en la medida en que es fundamental dentro de un sistema contributivo en el que los afiliados cumplen con sus aportes. Es bajo este esquema que el legislador introdujo la exigencia de niveles mínimos de cotizaciones, como requisito para acceder a prestaciones a favor de quien pierde capacidad laboral, o de la familia afectada con el desaparecimiento de uno de sus integrantes en plena

actividad productiva, a condición de que cuando fueron activos se hubieren ocupado de su propia suerte o hubieren contribuido al fondo común que supone el régimen de prima media (sentencia de 21 de septiembre de 2010, radicación 37182).

Y el segundo de la sostenibilidad financiera del sistema, tiene como eje fundamental, el que: (i) se forma con el tiempo un capital de tal dimensión que permite financiar las prestaciones que posteriormente se habrán de asumir; (ii) las reservas deben ser gestionadas por las administradoras de pensiones, y (iii) sus rendimientos pasen a formar parte de ese fondo. Su asidero descansa en el acto legislativo 01 de 2005.

Por manera que iría en contravía de los principios en precedencia permitir que en el régimen de prima media con prestación definida se pueda disponer de los aportes, aunque superen las semanas máximas que establece la ley para el reconocimiento de las diferentes prestaciones”.

Sobre el tópico, y como quedó sentando en precedencia, no es dable la devolución de aportes ni de sus diferencias a favor del afiliado, en consideración a que las aludidas cotizaciones pertenecen al sistema general de seguridad social en pensiones, y sirven para el financiamiento de otras prestaciones dentro del régimen de prima media en virtud del principio de solidaridad, y por cuanto una interpretación contraria podría ir en detrimento del principio de sostenibilidad financiera.

En igual sentido, encuentra la Sala que tampoco es dable establecer un monto superior de cotización ni acceder a que las cotizaciones se tengan sobre una base salarial de \$1'815.000, ya que según quedó visto el tope salarial máximo que se podía tener en cuenta para el 30 de junio de 2012, era la suma de \$665.070, en virtud de lo establecido en el artículo 2° del Acuerdo 048 de 1989; postura que encuentra sustento en la sentencia del 31 de marzo de 2009, Rad. 31855 reiterada en la sentencia SL1070-2020 aunado a que no se discute en este proceso ni la causación, ni la liquidación del bono pensional al que eventualmente tendría derecho el demandante.

Adicionalmente, si en gracia de discusión, hipotéticamente alguna norma estableciera la posibilidad de devolver al trabajador las diferencias que se trasladaron al ISS por parte del empleador y que no serán tenidas en cuenta en el IBC ó en el IBL, en todo caso no resultaría posible en el caso presente atribuir a COLPENSIONES el pago, devolución o reconocimiento de

Demandante: **IVÁN ERNESTO GUERRA MATIZ**Demandado: **COLPENSIONES**

dineros que nunca ingresaron a su haber patrimonial, por cuanto se insiste, las cotizaciones efectuadas por el empleador se hicieron con base en el salario máximo asegurable, de conformidad con el Acuerdo 048 de 1989, aprobado por el Decreto 2610 del mismo año, que estaba cuantificado en la suma de \$665.070; luego entonces, nítido resulta que, si el salario al 30 de junio de 1992 fue de \$1.815.000 y las cotizaciones efectivamente se hicieron por un salario asegurable de \$665.070, no existe fundamento fáctico para pretender que la entidad de pensiones pague, devuelva o reembolse sumas o diferencias por las que nunca se cotizó por parte del empleador.

Así las cosas, y como quiera que en el reporte de semanas cotizadas obrantes a folios 38 a 43, se encuentra plasmado que el salario a junio de 1992 era la suma de \$665.070, se considera que dicho valor se encuentra ajustado a las disposiciones del Acuerdo 048 de 1989, puesto que no era posible tener en cuenta un valor superior por mandato legal, así el demandante devengara la suma de \$1'815.000 para tal momento, por lo que, no habría lugar a tener como I.B.C. una suma mayor ni a condenar por el pago de diferencias, pues resulta claro que dicho valor era el salario máximo asegurable y precisamente por ese valor concreto se hicieron las cotizaciones a pensión.

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 las razones indicadas en la parte motiva de esta decisión.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2018-00727 -01

Demandante: **IVÁN ERNESTO GUERRA MATIZ**

Demandado: **COLPENSIONES**

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 \$500.000 a cargo de la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11001310500820180048501

Demandante: **NELLY AMPARO SOLANO GUERRERO**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. 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 (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 010

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 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 Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, el 15 de octubre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que NELLY AMPARO SOLANO GUERRERO promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y al cual se vinculó a la

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.

III. ANTECEDENTES

1. Hechos y pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare ineficaz y/o “nulo” el traslado de régimen efectuado por la demandante y como consecuencia de ello, se ordene a Protección S.A. a que retorne a Colpensiones todos los montos por ella aportados, con sus respectivos rendimientos, sin efectuar descuento alguno, y a esta última a reintegrarla al régimen de prima media con prestación definida.

Como fundamento de sus pretensiones, expuso los siguientes hechos:

1) Nació el 19 de abril de 1960; 2) Estuvo afiliada al ISS del 8 de octubre de 1986 hasta el 8 de agosto de 1994; 3) Se trasladó el 1° de noviembre de 2001 a Protección S.A., donde se encuentra afiliada; 4) No le brindaron la información suficiente sobre el traslado entre regímenes y los efectos adversos que le generaría dicha actuación; 5) No existe prueba que demuestre que le informaron de las consecuencias que el traslado le podía generar; 6) No existió su consentimiento informado; 7) El 7 de junio de 2018 solicitó a Colpensiones que autorizara su traslado, petición que fue negada el 14 del mismo mes y año, mediante radicado No. 2018_6604226; 8) El 7 de junio de 2018 se solicitó a Protección S.A. se autorizara su traslado entre regímenes, petición que fue negada el 3 de julio del mismo año, mediante radicado No. CAS-2745042-H4G3J1.

2. Actuación Procesal.

Admitida la demanda mediante auto del 05 de octubre de 2018 (fl. 52), por providencia del 21 de octubre de 2019 (fl. 128) se ordenó la vinculación de Porvenir S.A:

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 60-70) 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, el traslado de régimen realizado por la actora tiene validez, pues no se ha demostrado engaño alguno o alguna de las causales de nulidad, como vicios del consentimiento, máxime cuando, por el contrario la parte actora en el hecho 3 confesó que se afilió a la AFP Protección S.A. firmando el formulario de afiliación porque era la mejor opción del mercado.

Indicó que esa entidad ha actuado conforme lo dispone el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y por ello ha negado el traslado de la actora.

Expuso que, cualquier posible declaración de nulidad como acto jurídico se encuentra prescrita, atendiendo lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil.

Mencionó que, existe un principio del derecho que establece que nadie puede alegar su propia culpa para beneficiarse, por lo que la demandante no puede establecer que fue negligente para preguntar y averiguar sobre su situación pensional ante Protección S.A., ya que es obligación de cada persona informarse antes de tomar cualquier determinación, pues el desconocimiento de la ley no sirve de excusa.

Refirió que, la afiliación de la demandante al fondo privado acaeció en el año 2001, una vez se informó y de manera oportuna realizó el cambio de régimen, subsanando cualquier tipo de error que se hubiese podido presentar.

PROTECCIÓN S.A. (fls. 90-125), se opuso a las pretensiones contra esta incoadas, proponiendo como excepciones de fondo 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 y la innominada o genérica.

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

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

Afirmó que tratándose de la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo, es claro que la regla general es la irretroactividad de la ley, esto es, las normas

jurídicas regulan situaciones futuras o posteriores a su promulgación, pues las situaciones consolidadas en el pasado están reguladas por la norma anterior, por lo que no resulta válido imponer obligaciones a las AFP's con base en normas inexistentes al momento del traslado de la demandante.

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

PORVENIR S.A. (fls. 153-178) 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 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, por cuanto en los demás casos la eventual irregularidad sería de las denominadas relativas y 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 relativa 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.

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 Nelly Amparo Solano Guerrero realizado del Régimen de Prima Media al RAIS acaecido el 28 de julio de 1997 mediante la afiliación a Protección.

SEGUNDO: Condenar a Colpensiones a admitir el traslado de régimen pensional de la señora Nelly Amparo Solano Guerrero.

TERCERO: Condenar a la demandada Porvenir a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación de la señora Nelly Amparo Solano Guerrero 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 laboral pensional. (...)”

Para fundamentar su decisión, luego de hacer un recuento de las normas que consideró aplicables al caso concluyó que al verificarse que la demandante nació el 19 de abril de 1960 y que solicitó el retorno al RPM el 07 de junio de 2018, esto es cuando ya se encontraba inmersa en la prohibición antes mencionada, por lo que no cumplía con el requisito para enmarcarse dentro de la excepción prevista por la Corte Constitucional, pues a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 390.29 semanas de cotización, equivalentes a 7 años y 4 meses.

Por otro lado 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, normas 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.

Expuso que, de las pruebas allegadas al plenario, no existe medio de convicción que demuestre que Protección S.A. suministró la información a la demandante, al momento de su traslado al RAIS, esto es el 28 de julio de 1997, pues dentro de las pruebas practicadas no se encontró que la demandante hubiese recibido la información idónea según el precedente sentado por la Corte Suprema de Justicia, aunado a que, si bien para el momento del traslado no existía claridad respecto de la forma en cómo se debía brindar esa información o la asesoría, ello no es óbice para que las entidades no brindaran información pormenorizadas de los efectos del traslado de régimen pensional, en apego a los presupuestos normativos del Decreto 656 de 1994, el Decreto 663 de 1993 y la Ley 100 de 1993.

Afirmó que no obra prueba alguna que demuestre que al momento de la afiliación de la actora, esto es 28 de julio de 1997, se le hubiere brindado la información detallada y ajustada a su caso particular, precisando que la prueba de la información no es un escrito o constancia documental de la información, sino cualquier prueba que demostrara el suministro de la misma, ya que, si bien se allegó el formulario de afiliación, en el cual se plasmó junto a la firma de la accionante una declaración de voluntad de afiliación, es una documental que no puede ser tenida como prueba del consentimiento informado de la demandante para el traslado de régimen pensional, pues como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 4426 de 2019, la simple suscripción del formulario de afiliación no demuestra el consentimiento informado, ya que dicho formalismo acredita, a lo sumo, un consentimiento sin vicios, pero no informado.

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 vulneraría 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.

Argumentó que todos los cambios de AFP que hizo la demandante convalidan la decisión de pertenecer al RAIS, ya que, en vez de realizar un traslado al RPM, lo que hace es convalidar su decisión de estar en el RAIS mediante traslados horizontales.

Indicó que en el interrogatorio rendido por la demandante existen contradicciones como que la misma asesora de las diferentes AFP fue la que generó los traslados, lo que hace que el interrogatorio no sea veraz y carezca de credibilidad.

Adujo que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de que trata la Ley 797 de 2003, no siendo dable que la accionante se escude en el hecho que su pensión no está acorde con sus aspiraciones, con lo que el interés de la demandante no puede ser superior a los formularios de afiliación firmados, que son auténticos y no fueron tachados de falsos, siendo válidos.

Finiquitó su recurso exponiendo que no es dable la condena por gastos de administración, ya que estos no son parte integral de la pensión, por lo que resultan ser prescriptibles.

COLPENSIONES

Expuso que, tal como se acreditó en el SIAFP la accionante realizó traslados horizontales entre diferentes AFP y según fallos de la Corte Suprema de Justicia estos traslados convalidan el consentimiento del afiliado al momento del traslado de régimen, por lo que, en este caso, además de que dichos traslados fueron constantes y que en 3 oportunidades regresó a Protección S.A., siendo esta la que generó el traslado de régimen de la demanda, con ello se demuestra y acredita el ánimo de la actora de estar y permanecer en el RAIS, habiendo una convalidación del consentimiento, pues en los traslados que realizó no se encontraba en la prohibición de traslado de régimen de la Ley 797 de 2003 e incluso, pudiendo regresarse al RPM prefirió y se mantuvo afiliada al RAIS.

Indicó que, llama la atención que la accionante regresó en 3 oportunidades a Protección S.A. y lo que hace notar es que además de conocer las características y el funcionamiento del RAIS, estaba conforme con la

información y asesoría brindada por parte de los asesores de Protección S.A., reiterando que retornó en 3 ocasiones a esa entidad.

Adujo que el interrogatorio de parte rendido por la accionante no fue valorado, máxime cuando en el mismo ella incurre en evidentes contradicciones y situaciones que contrarían lo demostrado con los documentos aportados por las demandadas, allí se indicó que todos los traslados se generaron por el mismo asesor, así como que la asesora le manifestaba en esas reuniones que era la mismo y que lo único era actualizar la información, que ella no era consciente de que estaba haciendo un cambio de fondo de pensiones sobre la base de que siempre fue la misma asesora, y si se revisan los formularios aportados por Protección S.A. y por Porvenir S.A. se evidencia que solo 2 de los 5 traslados fueron realizados por la misma asesora, los demás fueron realizados por asesores diferentes, con lo que la demandante está haciendo incurrir en error al despacho y las manifestaciones que realiza sobre el modo, tiempo y lugar carecen de veracidad.

Adicionalmente, dijo, que frente a la información del traslado inicial indicó que se le hablo de rendimientos financieros, de una mejor pensión, de pensión anticipada, de cuenta de ahorro individual y del bono pensional, manifestado su inconformidad frente a lo que considera es el valor de su mesada pensional, la cual no es conforme a su plan de pensión, y es esta la que considera es causal de anulación o de ineficacia del traslado de régimen, lo cual no puede ser así tal y como expuso la Aclaración de Voto de la sentencia SL 1452 de 2019.

Mencionó que se encuentra acreditado que a la demandante se le dio la información sobre las características básicas del RAIS y lo que lo diferencia del RPM, como lo atinente al tema de la cuenta de ahorro, rendimientos, una mejor pensión y pensión anticipada, características propias del RAIS.

Para el caso de la demandante, indicó, esta se encuentra afiliada al RAIS por más de 23 años, de forma tal que el traslado de régimen no le generó ningún perjuicio, por cuanto no era beneficiaria del régimen de transición.

Refirió que deben mirarse las normas exigidas para el año 1997, época para la cual era suficiente el formulario de afiliación y su firma, y no existía obligación para las AFP de documentar, ni generar simulaciones, ni comparar ambos regimenes, por lo que pretender que se aporten medios probatorios, aún no documentales, es una carga imposible de acreditar, ya que no solo no se documentaba la asesoría, sino que el traslado de la demandante acaeció hace más de 23 años y ni con la declaración de los asesores de la época, ni con otro testigo o un tercero podría demostrarse la información brindada y en tal sentido, el traslado es válido y eficaz en la medida que se efectuó conforme las exigencias de la época.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 10 de noviembre 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 demandante, quienes reiteraron lo expuesto en la demanda y 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 exployado 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 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 explicita así:

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

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

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

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

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

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante

con 15 años de cotización o servicios a 1. 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.

EL CASO EN CONCRETO:

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 08/10/1986 (fl 38 y 70); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 28/07/1997 a través de la A.F.P Protección S.A (fl. 101); **iii)** posteriormente efectuó traslado dentro del mismo régimen a la AFP Colpatria el 10/03/1998, a Protección S.A. el 23/09/1999, Horizonte el 26/09/2000 y nuevamente a Protección S.A el 25/09/2001 (fl. 113), y **iv)** que el día 07/06/2018 (fl 14 y 25) 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 la demandante suscribió el 28 de julio de 1997 con la AFP Protección 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 Protección 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

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

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 reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que la demandante la pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos.

Frente a la inconformidad de la demandada 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 aparea que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los gastos de administración que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, razones por las cuales la sentencia del A Quo debe ser confirmada en el punto apelado, aunque **se ADICIONARÁ** en el sentido de que dichas sumas deben entregarse a COLPENSIONES debidamente indexadas, en aras a superar la depreciación lógica del tiempo.

En cuanto a los argumentos presentados por las demandadas apelantes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. al sustentar su recurso, referente a la ratificación o convalidación de la 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.

Ahora bien, al sustentar su recurso los apelantes adujeron que a la demandante se le dio la información correcta, lo cual se demuestra con el interrogatorio de parte por ella rendido, para lo cual, la Sala se remite a lo expuesto en dicha diligencia, en la que la accionante expuso que:

- Se le indicó que el Instituto de Seguros Sociales estaba acabándose;
- De pronto podrían pensionarse antes de los 57 años;
- Le hablaron de un bono que podía utilizar en cualquier momento y sin ningún perjuicio;
- Podía adelantar su pensión;
- Podía pensionarse con menos edad;

- Conforme las ganancias de ese fondo salía mejor pensionada de lo proyectado en el otro sistema;
- Los fondos eran rentables e iban a mejorar la situación del pensionado.

Frente al punto debe advertirse que, algunas de estas características, si bien corresponden a elementos propios del RAIS, no cumplen con los presupuestos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia para que se tenga como cumplido el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones y menos aún desprenden confesión que pueda perjudicar a la demandante.

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”.*

Así mismo, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

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

Código Único de Identificación: 11001310500820180048501

Demandante: **NELLY AMPARO SOLANO GUERRERO**

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

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a las AFP accionadas la devolución de los gastos ordenados en la primera instancia debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

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

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!

Código Único de Identificación: 11001310500820190049801

Ejecutante: **MARÍA DORIS NEUTA CÁRDENAS**

Ejecutado: **MALACHI S.A.S – EN LIQUIDACIÓN.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Discutido y Aprobado según Acta No 010

I. ASUNTO A TRATAR

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las decisiones 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 **EJECUTADA**, en contra del **auto** proferido el 10 de octubre de 2019 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ejecutivo laboral que **MARÍA DORIS NEUTA CÁRDENAS** promoviese contra la sociedad **MALACHI S.A.S, EN LIQUIDACIÓN**

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne, con la demanda ejecutiva se pretende el pago de la condena impuesta mediante sentencia de fecha 20 de mayo de 2019, proferida dentro del proceso ordinario laboral No. 11001310500820170043700 que cursó entre las mismas partes de este asunto.

2. Actuación Procesal.

Para el asunto que interesa, se tiene que cursó en el Juzgado de conocimiento el proceso ordinario laboral No. 11001310500820170043700

que la señora María Doris Neuta Cárdenas interpuso en contra de **MALACHI S.A.S.**, en liquidación, para declarar la existencia de un contrato de trabajo y obtener el pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por terminación unilateral del contrato, pago de aportes a la seguridad social y la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST.

Dentro del mentado proceso, se profirió sentencia el 20 de mayo de 2019 (fl. 44-45), en donde se resolvió:

“Primero: Declarar que entre la demandante María Doris Neuta Cárdenas y la demandada Malachi S.A.S. en liquidación existió un contrato de trabajo el cual tuvo como extremo inicial el 01 de enero de 1997 y como extremo final el 31 de mayo de 2015, devengando como remuneración el equivalente al smlmv, conforme lo considerado.

Segundo: Condenar a la demandada Malachi S.A.S. en liquidación a pagar a la demandante María Doris Neuta Cárdenas, las siguientes sumas de dinero y por los siguientes conceptos:

- \$7.429.500 por cesantías
- \$891.540 por intereses a las cesantías
- \$7.429.500 por primas de servicio
- \$3.714.75 por compensación de vacaciones.

Tercero: Condenar a la demandada Malachi S.A.S. en liquidación a pagar a la demandante María Doris Neuta Cárdenas el cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 01 de enero de 1997 al 31 de mayo de 2015 conforme al salario mínimo legal mensual vigente el salario base de cotización y con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, quien efectuará el correspondiente cálculo.

Cuarto: Condenar a la demandada Malachi S.A.S. en liquidación a pagar a la demandante María Doris Neuta Cárdenas la indemnización prevista en el artículo 65 del CST, esto es, la indemnización moratoria equivalente a un salario de \$21.416= a partir del 1° de julio de 2015 y hasta la fecha en que se cancelen las prestaciones sociales en dinero, conforme a lo considerado.

Quinto: Absolver a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante.”

Y mediante auto del 27 de mayo de 2019 (fl. 47) se aprobó la liquidación de costas practicada en el mentado proceso, a favor de la demandante, por valor de \$828.116 pesos.

Mediante escrito del 30 de mayo de 2019 (fl. 48) la demandante solicitó el cumplimiento de las condenas por la vía ejecutiva laboral, por lo que con providencia del **10 de octubre de 2019** (fl. 64) se libró mandamiento de pago por las condenas antes referidas y, entre otras, se ordenó notificar personalmente esta decisión a la parte ejecutada.

A través de diligencia de notificación personal, el día 22 de octubre de 2019 (fl. 66), se enteró al apoderado de la ejecutada del auto antes citado, por lo que, para lo que a este caso interesa, con escrito del 24 de octubre de 2019 interpuso **los recursos de reposición y en subsidio apelación en contra del auto del 10 de octubre de 2019** (fls. 77-80).

DEL AUTO APELADO

Mediante providencia del 10 de octubre de 2019 (fl. 64) se libró mandamiento de pago por las condenas impuestas en la sentencia proferida dentro del proceso No. 11001310500820170043700, así:

“Primero: Librar mandamiento de pago a favor de María Doris Neuta Cárdenas contra Malachi S.A.S. en liquidación, por la obligación de pagar las siguientes sumas de dinero y conceptos:

- a) \$7.429.500 por cesantías
- b) \$891.540 por intereses a las cesantías
- c) \$7.429.500 por primas de servicio
- d) \$3.714.75 por compensación de vacaciones
- e) \$21.416 diarios a partir del día 01 de junio de 2015, por indemnización moratoria
- f) Cálculo actuarial pensional que corresponda por el periodo laborado entre el 01 de enero de 1997 a 31 de mayo de 2015, conforme al smilmv, y con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones de acuerdo al cálculo actuarial que ella determine
- g) \$828.116 por costas procesales (...)”

3. Argumentos de la recurrente

El mentado proveído fue apelado por la parte ejecutada.

Señaló que, las cifras que replica el mandamiento de pago incluyen el cálculo actuarial que no ha sido determinado a la fecha en cuanto a su valor y fecha de pago, por lo cual la citada obligación no es clara, expresa y exigible.

Indicó que, verificados los presupuestos procesales de la acción, es viable adelantar el respectivo control de legalidad del instrumento ejecutivo báculo del cobro, teniendo en cuenta que la acción ejecutiva parte de la certeza de la existencia de una obligación con las características indicadas en el artículo 100 del CPTSS concordante con el artículo 422 del CGP, la cual se materializa en la decisión proferida dentro del proceso ordinario que, por supuesto, debe reunir las condiciones formales y de fondo.

Adujo que las condiciones formales se concretan a que conste en un documento, mientras que las de fondo hacen relación a que la obligación

cumpla las exigencias indicadas en el artículo 422 del CGP, esto es que sea clara, expresa y exigible.

Expuso que, si bien la orden de pago incluye las sumas líquidas de dinero citadas y ellas podrían considerarse sumas exigibles, no ocurre lo mismo con el literal f) que ordena pagar el cálculo actuarial pensional, pues dicha orden conlleva, en gracia de discusión, una obligación de hacer y así no fue solicitada en la demanda, donde además no fue sustentada una cifra determinada con base en el cálculo actuarial emitido por Colpensiones que se echa de menos en ella.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto del 09 de noviembre de 2020, se admite 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 auto de fecha 18 de enero del año que avanza, el cual fue utilizado por las partes, quienes ratificaron sus posiciones.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Conforme a lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 65 del CPT y SS, modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, es procedente el recurso de apelación, respecto del auto que decida sobre el mandamiento de pago, de manera que tiene esta Sala competencia para resolver el recurso interpuesto por el apoderado de la ejecutada.

Se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 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.

3.1. Problema jurídico.

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 aquella obligación correspondiente al pago del cálculo actuarial, por la cual se libró mandamiento de pago, es clara, expresa y exigible para su ejecución.

3.2. Del título ejecutivo.

Teniendo en cuenta que el título base de la presente ejecución resulta ser la sentencia proferida dentro del proceso ordinario laboral No. 11001310500820170043700, sea lo primero señalar que los artículos 305 y siguientes del Código General del Proceso, aplicables por remisión analógica del artículo 145 del Estatuto Procesal Laboral, regulan la procedencia y ejecución de las providencias judiciales.

Para el asunto que nos interesa, los artículos 305 y 306 del CGP, disponen:

“Artículo 305. Procedencia. Podrá exigirse la ejecución de las providencias una vez ejecutoriadas o a partir del día siguiente al de la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior, según fuere el caso, y cuando contra ellas se haya concedido la apelación en el efecto devolutivo.(...)”

Artículo 306. Ejecución. Cuando la sentencia condene al pago de una suma de dinero, a la entrega de cosas muebles que no hayan sido secuestradas en el mismo proceso, o al cumplimiento de una obligación de hacer, el acreedor, sin necesidad de formular demanda, deberá solicitar la ejecución con base en la sentencia, ante el juez del conocimiento, para que se adelante el proceso ejecutivo a continuación y dentro del mismo expediente en que fue dictada. Formulada la solicitud el juez librará mandamiento ejecutivo de acuerdo con lo señalado en la parte resolutoria de la sentencia y, de ser el caso, por las costas aprobadas, sin que sea necesario, para iniciar la ejecución, esperar a que se surta el trámite anterior. (...)”

Ahora bien, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social en su artículo 100 dispone que son demandables ejecutivamente *“el cumplimiento de toda obligación originada en una relación de trabajo, que conste en acto o documento que provenga del deudor o de su causante o que emane de una decisión judicial o arbitral firme.”*

Para efectos de darle un entendimiento correcto a esta normativa, necesario resulta acudir a las previsiones del artículo 422 del CGP que exponen con claridad, que puede ser objeto de demanda ejecutiva.

La norma en mención dispone:

“Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios

de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184.”

En ese orden de ideas, quien pretenda demandar ejecutivamente, debe acreditar ante el operador jurídico, la existencia de una obligación clara, expresa y actualmente exigible a su ejecutado, requisitos que pueden ser entendidos desde el punto de vista formal y sustancial, lo que resulta en garantiza que la obligación que se exige de manera coactiva cuente con los elementos necesarios para que se proceda de ese manera, lo que no sucede con los trámites declarativos-

Serán entonces condiciones formales del título, la necesidad de que sean auténticos y provengan del deudor o su causante ora una providencia judicial en firme que pueda ser ejecutada. Ahora bien, pueden presentarse de forma singular o compleja entendido ello como la existencia de un solo documento o bien una pluralidad de ellos.

Por otra parte, son condiciones sustanciales del título, la necesidad relativa a que de ellos pueda extractarse la existencia de una prestación a cargo de una persona de dar, hacer o no hacer una cosa. Esta prestación (i) no puede encontrarse sometida a dubitación alguna, es decir debe conocerse a plenitud, sujeto, causa y objeto de la prestación (claridad), (ii) debe contener expresividad cuando sea consignada en el documento, es decir, que sea diáfana y manifiesta; finalmente (iii) que sea exigible, entendido ello, como la posibilidad de solicitar su cumplimiento al haberle vencido el plazo pactado ora la condición a la que se encontraba sometida.

En cuanto a los requisitos de los títulos ejecutivos, en sentencia T-747 de 24 de octubre de 2013 la H. Corte Constitucional indicó:

“(...) De estas normas se deriva que los títulos ejecutivos deben gozar de dos tipos de condiciones: formales y sustanciales.

Las primeras exigen que el documento o conjunto de documentos que dan cuenta de la existencia de la obligación “(i) sean auténticos y (ii) emanen del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contencioso administrativos o de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, o de un acto administrativo en firme.”

Desde esta perspectiva, el título ejecutivo puede ser singular, esto es, estar contenido o constituido en un solo documento, o complejo, cuando la obligación está contenida en varios documentos.

Las segundas, exigen que el título ejecutivo contenga una prestación en beneficio de una persona. Es decir, que establezca que el obligado debe observar a favor de su acreedor una conducta de hacer, de dar, o de no hacer, que debe ser clara, expresa y exigible. Es clara la obligación que

no da lugar a equívocos, en otras palabras, en la que están identificados el deudor, el acreedor, la naturaleza de la obligación y los factores que la determinan. Es expresa cuando de la redacción misma del documento, aparece nítida y manifiesta la obligación. Es exigible si su cumplimiento no está sujeto a un plazo o a una condición, dicho de otro modo, si se trata de una obligación pura y simple ya declarada. (...)”¹

EL CASO CONCRETO

Revisado el plenario se constata el título base de recaudo de la presente ejecución, que resulta ser aquella sentencia proferida el 20 de mayo de 2019 en el proceso ordinario laboral No. 11001310500820170043700 que la señora María Doris Neuta Cárdenas interpuso en contra de la sociedad Malachi S.A.S. en liquidación y en la cual se profirieron las condenas que allí se indican (fl. 45-46), dentro de las que se encuentra el pago de un cálculo actuarial, así:

“Tercero: Condenar a la demandada Malachi S.A.S. en liquidación a pagar a la demandante María Doris Neuta Cárdenas el cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 01 de enero de 1997 al 31 de mayo de 2015 conforme al salario mínimo legal mensual vigente el salario base de cotización y con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, quien efectuará el correspondiente cálculo.”

Por lo que en los términos del citado artículo 305 del CGP, esta condena podía ser exigida, al estar debidamente ejecutoriada y al consistir tal condena en una obligación de hacer, en los términos del artículo 306 ibídem, su ejecución se solicitaría ante el juez de conocimiento para que adelante el proceso ejecutivo, como en efecto ocurrió en este caso.

La mentada condena fue replicada en el literal f) del numeral primero de la parte resolutive del mandamiento de pago de fecha 10 de octubre de 2019 (fl. 64), atendiendo la norma en cita, pues el mandamiento de pago se libró de acuerdo con lo señalado en la parte resolutive de la sentencia báculo de la ejecución.

Ahora bien, esta condena u obligación, a juicio del apelante no reúne los requisitos del título ejecutivo, esto es no es clara, expresa y exigible, encontrando esta Sala que no le asiste razón, pues la obligación de pagar el cálculo actuarial es **clara** en la medida que están identificados el deudor (Malachi S.A.S. en liquidación), el acreedor (María Doris Neuta Cárdenas), la naturaleza de la obligación y los factores que la determinan como es las fechas por las que debe pagarse este cálculo actuarial y el salario base para ello y el destino del mismo, no dando lugar a equivoco alguno acerca de la forma de cumplimiento; es **expresa** porque se encuentra nítida y manifiesta; y es **exigible**, pues se trata de una obligación de hacer pura y simple, pues

¹ M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Código Único de Identificación: 11001310500820190049801

Ejecutante: **MARÍA DORIS NEUTA CÁRDENAS**

Ejecutado: **MALACHI S.A.S – EN LIQUIDACIÓN.**

es liquidable mediante ¿una operación aritmética, situación diferente es que la ejecutada deba efectuar trámites previos ante Colpensiones, para que esta entidad efectúe el cálculo e indique el monto a cancelar ante esta.

Por lo expuesto, como quiera que la obligación de efectuar el pago de un cálculo actuarial contenido en la sentencia base de ejecución y por la cual se libró mandamiento de pago es clara, expresa y exigible, se **CONFIRMARÁ** el auto apelado.

Sin COSTAS en esta instancia.

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 el auto apelado conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta providencia deberá ser notificada por ESTADO ELECTRÓNICO atendiendo los términos previstos en el artículo 40 y 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

Código Único de Identificación: 11001310501020180045201

Demandante: **ABELIA FALLA MUÑOZ**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. 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 (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 010

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 1º 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 PROTECCIÓN S.A.**, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de **COLPENSIONES** la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, el 09 de septiembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que ABELIA FALLA MUÑOZ 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 y pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través del fondo de pensiones y cesantías Protección S.A., así como el realizado posteriormente a Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes cancelados desde junio de 1996, junto con sus rendimientos.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Nació el 10 de octubre de 1963; 2) Cotizó para pensiones ante el ISS, de forma ininterrumpida del 7 de junio de 1990 al 11 de mayo de 1995; 3) El 16 de abril de 1996, atendió solicitud de traslado al Régimen de ahorro individual, administrado en ese momento por Colmena – hoy Protección S.A.; 4) El asesor de Colmena, al momento del traslado, no le entregó la información con la transparencia necesaria en la exposición de razones, debidamente sustentadas para garantizar su derecho a la toma correcta de la decisión de selección de régimen pensional; 5) Tampoco efectuó, ni presentó las proyecciones del monto de la pensión que le correspondería en dicho régimen, ni brindó la información idónea respecto a las ventajas y desventajas que se podían originar con el traslado de régimen pensional; 6) Cotizó a Protección S.A. del 1º de junio de 1996 a agosto de 2000; 7) El 1º de septiembre de 2000 se trasladó a Porvenir S.A.; 8) El asesor de Porvenir S.A., tampoco entregó la información con la transparencia necesaria en la exposición de razones, debidamente sustentadas para garantizar su derecho a la toma correcta de la decisión de continuar vinculada al RAIS; 9) Efectuó sendas solicitudes a Porvenir S.A. y Colpensiones solicitando declarar la invalidez de su traslado de régimen pensional; 10) Dichas peticiones fueron negadas.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 44-50) se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas, proponiendo como excepciones de mérito las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y la declaratoria de otras excepciones.

Aduce que, a la fecha del traslado realizado por la actora a al AFP Colmena – hoy Protección S.A., el día 16 de abril de 1996, se presume no solo efectuado

en ejercicio del derecho de libre escogencia del régimen pensional consagrado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sino plenamente válido y la afirmación de vicio del consentimiento alegado por la demandante y que supuestamente acaeció en el trámite del traslado con la AFP del RAIS, debe ser probado en el desarrollo del proceso judicial.

Expuso que, conforme lo dispuesto 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, ya que en la actualidad cuenta con 55 años.

PROTECCIÓN S.A. (fls. 66-107), se opuso a las pretensiones contra esta incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó validez de la afiliación a Colmena hoy Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada o genérica.

Adujo que esa entidad tiene establecido un procedimiento de capacitación dirigido a los asesores comerciales, el cual consiste en darles todas las herramientas e información necesaria para que estén en capacidad de darla a conocer a los posibles afiliados que soliciten su traslado de régimen o de administradora, sobre las características propias del RAIS y el RPM, garantizando que estos tomen la decisión con información objetiva, veraz, suficiente y oportuna.

Indicó que son los trabajadores los que manifiestan de manera libre y voluntaria su decisión de afiliarse al fondo de pensiones administrado por Protección S.A.

Refirió que la demandante suscribió formulario de afiliación el 16 de abril de 1996, mediante el cual solicitó su traslado de administradora y Colmena hoy Protección S.A. entregó información objetiva a la accionante sobre los dos regímenes pensionales y la comparación entre estos, con el fin de que tomara una decisión libre, voluntaria e informada, apreciando las ventajas y desventajas de los mismos, decidiendo solicitar su traslado a esta administradora.

Expuso que el formulario de afiliación previsto por esa entidad y suscrito por la demandante al momento de vincularse, se ajusta a la ley y contiene la información requerida para el efecto.

Mencionó que, en este caso no se está frente a la ineficacia de la afiliación de la demandante, pues es claro que ella expresó su voluntad de traslado, contando para el efecto con toda la información que requería, de tal manera que se está frente a un negocio jurídico válido, en el cual confluyeron todos los elementos requeridos para su validez y existencia.

Indicó que, en el presente caso no estamos frente a un vicio del consentimiento representado en la fuerza o el dolo, el cual debe ser

demostrado, refiriendo la demandante haber incurrido en error al no recibir la adecuada información por parte de Protección S.A. en su traslado de administradora dentro del RAIS y por ello, es de indicar que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, tal y como lo establece el artículo 1509 del Código Civil.

Por lo anterior, expuso, no puede por disposición legal darse cabida a una nulidad por causa de vicio del consentimiento representado en el error en cuanto a un punto de derecho, como sería el entendimiento errado de las consecuencias a nivel normativo de la decisión que libremente tomó la demandante para trasladarse de administradora.

Concluyo mencionando que, si en gracia de discusión se llegara a la conclusión de que la vinculación del demandante al RAIS ocurrió por error y dolo, y por lo tanto se encontraba viciada de nulidad relativa, cualquier declaración al respecto estaría prescrita conforme lo dispone el artículo 1750 del Código Civil.

PORVENIR S.A. (fls. 121-160) 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, 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 legítima 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 de la vinculación de la demandante señora Abelia Falla Muñoz al fondo privado Colmena hoy sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., realizada mediante la afiliación suscrita el 16 de abril de 1996, y por ende la ineficacia de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, en especial el realizado ante la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el 10 de agosto del año 2000, en consecuencia se ordena el regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media hoy administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, recibir y restablecer la afiliación de la demandante señora Abelia Falla Muñoz al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, sin solución de continuidad, conforme lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Condenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a hacer entrega a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora señora Abelia Falla Muñoz, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, y realizar la devolución de los gastos o cuotas de administración debidamente indexados, con los documentos correspondientes para establecer por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, que las cotizaciones, rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración corresponda a lo ordenado en esta sentencia, tendrá un término de 15 días a partir de la ejecutoria de esta sentencia, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la providencia.

CUARTO: Condenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a hacer entrega a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora señora Abelia Falla Muñoz, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, y realizar la devolución de los gastos o cuotas de administración debidamente indexados, con los documentos correspondientes para establecer por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, que las cotizaciones, rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración corresponda a lo ordenado en esta sentencia, tendrá un término de 15 días a partir

de la ejecutoria de esta sentencia, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la providencia.

QUINTO: *Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante señora Abelia Falla Muñoz, provenientes de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la devolución de cuotas y gastos de administración provenientes de las Sociedades Administradoras, debe revisar que la devolución se haya realizado en los términos ordenados en esta sentencia, y de forma inmediata imputar y actualizar las semanas cotizadas en el RAIS en la historia laboral de la demandante en la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, para efectos pensionales.*

SEXTO: *Declarar no probadas las excepciones planteadas por las demandadas, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la providencia. (...)*”

En síntesis, indicó que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que, para resolver este asunto es de vital importancia que las AFP, al efectuar la afiliación del potencial usuario, de otorgue toda la información pertinente en relación a los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas e incluso los riesgos que le generaría al potencial afiliado el traslado del RPM al RAIS y se ha dicho que al no darse esta información al potencial afiliado, se puede incurrir en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen.

Adujo que, conforme la sentencia SL 1788 de 2019, este tema debe abordarse desde la declaratoria de ineficacia y no de las nulidades, imponiendo la sanción que le da la ley a la decisión desinformada.

Expuso que, obra dentro del expediente la afiliación de la demandante a Colmena, donde consta que se afilia a esa AFP (hoy Protección S.A.), por lo que conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, debe demostrarse que existió esa debida información, cierta, veraz y completa, por lo que al revisar el mencionado formulario de afiliación se observa que allí se indicó que fue suscrito de manera libre y voluntaria, adicionalmente, se recepcionaron los interrogatorios de parte de la demandante y de los representantes legales de las AFP demandadas.

Indicó que, de las pruebas allegadas solo se tiene el formato de afiliación, el cual prueba que la persona ha tomado la decisión libre, voluntaria y sin presiones, pero en estos documentos solo se hace constar ello, pero debe recordarse que de manera reiterada la Corte Suprema de Justicia, como en sentencia SL 1788 de 2019, entre otras, ha indicado que la firma en el formulario de afiliación no es suficiente para probar que se dio la información de manera cierta, correcta, completa y oportuna al afiliado.

Por lo anterior, dijo, se genera una inversión de la carga de la prueba correspondiendo a la AFP demostrar que cumplió con esta obligación y, si bien es cierto aduce que no existía una obligación de dejar por escrito la información dada al potencial afiliado, se recuerda que, aunque no había norma específica que estableciera la necesidad de dejar por escrito, sí existía el Decreto 679 de

1994, en cuyo artículo 15 que establecía, en cabeza de las AFP, establecer un plan de pensiones aprobado por la Superfinanciera, documento o reglamento que debía ser entregado a cada afiliado al momento de la afiliación, y del cual no hay constancia de su entrega a la demandante.

Adicionalmente, mencionó que hay una inversión de la carga de la prueba y, si bien es cierto se hace un interrogatorio de parte a la demandante, de este no se logra obtener confesión que acepte la información y cual fue aquella se le dio, la cual debía darse en cumplimiento de la ley 100 de 1993, así como del Decreto 663 de 1997 y el Estatuto Financiero, que para la data del traslado de la accionante, eran aplicables a las demandadas al tener la doble de calidad de instituciones del sistema financiero y de la seguridad social.

Mencionó que, en este caso no se encuentra demostrado el cumplimiento de ese deber de información, máxime cuando, por la inversión de la carga de la prueba compete a las AFP demostrar que sí cumplieron con esa obligación.

Recordó que la Corte Suprema de Justicia ha dicho que no es necesario que el afiliado este cerca a adquirir un derecho pensional o sea beneficiario del régimen de transición para interponer la acción de ineficacia del traslado de régimen por falta de información, pues todas las personas trasladadas pueden verse afectas de una u otra manera.

De otro lado, expuso que la citada Corporación ha dicho que ese deber de información debe darse al momento de la afiliación y no con posterioridad a esta, ya que es en el momento de la afiliación cuando dicha información es útil, recordando además, que la jurisprudencia ha dicho que el traslado dentro de las AFP no convalida ese inicial, ese deber de información inicial, ya que es de donde parte el traslado de régimen, máxime cuando la jurisprudencia ha dicho que si se da una doble asesoría por parte de la AFP esto no conlleva a que se convalide la falta de información del traslado original régimen.

4. APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A.

Aduce que la apelación se hace frente a la orden de restituir los gastos de administración, bajo la consideración que la Corte Constitucional ha señalado que el sistema de pensiones se integra por los dos regímenes, que son excluyentes pero a la vez coexistentes, esto es integrales, no siendo sistemas aislados y bajo tal premisa no es equitativa la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en el entendido que los gastos de administración están destinados a remunerar la labor de la administradora, esto es la conservación de los bienes dados en administración y los rendimientos generados, labor que se ha cumplido por parte de Protección S.A., además que son gastos que se sufragan en ambos regímenes pensionales y bajo tal

supuesto, o se compadece de igualdad, equidad o justicia ordenar la devolución de esos gastos de administración.

Igualmente, dijo, estos gastos de administración aseguran los riesgos de pensiones de invalidez y sobrevivencia, labor que fue cumplida durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a esta AFP, de manera que se genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, remunerando de manera indexada una labor que Colpensiones no prestó durante el tiempo de afiliación de la accionante a Protección S.A.

Adujo, que se condenó a Protección S.A. en costas, por no existir una prueba sobre el cumplimiento de su labor de asesoría, pero esta es una prueba difícil de conseguir, ya que la afiliación de la demandante aconteció hace 20 años y no se puede tener acceso al testigo clave que fue el asesor comercial que realizó la afiliación, además se habla de una época en donde la asesoría se daba de manera verbal, de lo cual no hay prueba, lo que no quiere decir que no se hubiere realizado, por lo que no habría lugar a la condena en costas.

PORVENIR S.A.

Expuso que Porvenir S.A. no estuvo al momento del traslado y desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se realizó el traslado, sin embargo es esta entidad la que se ve perjudicada por la decisión tomada en la sentencia apelada, pues no solo se debe devolver todos los aportes hechos por la demandante y sus rendimientos, sino también se ordena la entrega de los valores de gastos de administración a Colpensiones.

Adujo que, según la juzgadora de primer grado el formulario no es plena prueba para determinar la asesoría completa dada a la demandante, sin embargo el artículo 114 de la ley 100 de 1993 manifestó que cuando se quiere generar un cambio de régimen pensional ello debe hacerse por escrito, que el mismo debe ser libre y sin presiones, con lo que se cumplió con la normatividad de la época y el formulario no se debe de ver como un simple formato, ya que es la expresión de la voluntad del afiliado o la ratificación de un traslado horizontal con más de 25 años de afiliación al RAIS, máxime cuando a la fecha no se ha presentado inconformidad alguna por parte de la demandante.

Mencionó que la Juez de primer grado expresa que se genera la inversión de la prueba, como lo expresa la Corte Suprema de Justicia, pero el artículo 167 del CGP indica que incumbe a la parte probar el supuesto de hecho de las normas cuya aplicación persigue y en el presente caso no existe ninguna prueba de una falta de información, solamente el dicho de la demandante, lo cual resulta contradictorio con la versión rendida en su interrogatorio de parte.

Expuso que, se da más valor probatorio al dicho de la demandante que al formulario de la afiliación, viéndose este como un simple formato, cuando

es el reflejo del cumplimiento de la ley 100 de 1993, adicionalmente, se dice que esa afiliación no se convalida por el hecho que exista otra, por lo que debe recordarse que el artículo 111 de la ley 100, establece que no puede generarse ningún rechazo o discriminación de un afiliado, por lo que Porvenir no podía rechazar la afiliación de la demandante.

Indicó que se generan daños ya que esta entidad administró por más de 20 años a unos recursos que generaron unos rendimientos y que por una supuesta falta de información, que no fue probada y que no se efectuó por mi representada, perjudica a Porvenir S.A., ya que debe retornar unos dineros cuando no tuvo injerencia alguna al momento de la afiliación inicial de la demandante al RAIS.

Dijo que, en la sentencia apelada también se habla del artículo 1746 del CC, sobre las restituciones mutuas y en este caso la única que restituye es Porvenir S.A., un tercero que nada tuvo que ver en el negocio jurídico, por lo que, si se valida este artículo, también deben validarse los artículos 1742 y 1743 del CC, que se refieren a la ratificación de la parte demandante, la cual es tácita, pues perduró por más de 20 años en el RAIS, existiendo un saneamiento por el paso del tiempo y por ratificación.

Frente a los gastos de administración, indicó que estos no hacen parte de la pensión y aunque no se declaró probada la excepción de prescripción estos gastos si se encuentran prescritos porque no forman parte de la pensión, además el artículo 113 de la ley 100 establece cuales son los dineros que se deben retornar en casos de cambio de régimen, sin que hable de los gastos de administración y tampoco los conceptos de la Superfinanciera, entidad que manifiesta que los dineros que se deben retornar en estos casos no incluyen los dineros de gastos de administración, por lo que al ordenar su devolución se está generando un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y de ello hay que generar indexación, la cual se da cuando se generan perjuicios y los perjuicios no fueron demostrados ni alegados en el proceso.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 10 de noviembre 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 demandante y las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., quienes reiteraron lo expuesto en la demanda y 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	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

	constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información , asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información , asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 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 explicita así:

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

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

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."

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.

EL CASO EN CONCRETO:

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 07/06/1990 (fl 50 disco compacto); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 16/04/1996 a través de la A.F.P COLMENA (hoy Protección S.A) (fl. 77); **iii)** posteriormente efectuó traslado dentro del mismo régimen a la AFP Porvenir S.A. (fl. 131) el 10/08/2000, y **iv)** que el día 11/05/2018 (fl 25 y 27) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

A folio 77 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 16 de abril de 1996 con la AFP Protección 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

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

privado Protección 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 reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que el demandante la pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos.

Frente a la inconformidad de los demandados apelantes PROTECCIÓN S.A. Y 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.

Frente al argumento presentado por PORVENIR S.A. al sustentar su apelación, referente a la ratificación o convalidación de la 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.

En cuanto a los daños que aduce PORVENIR S.A. sufre esa entidad con la orden dada en el fallo apelado, ha de referirse la Sala al principio de la relatividad jurídica, el cual 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 1182-2016² (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 alios 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 no es absoluto, por lo que, si bien Porvenir S.A. es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre la demandante y Protección S.A., el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, como sucede en este asunto.

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”.*

Así mismo, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Finalmente, en cuanto a lo solicitado por la entidad apelante PROTECCIÓN S.A. 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 dicha AFP.

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,**

Código Único de Identificación: 11001310501020180045201

Demandante: **ABELIA FALLA MUÑOZ**

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

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: 11001310501220170072301

Demandante: **MARTHA ISABEL ZORRILLA RUBIO**

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 (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 010

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 a la doctora DANIELA PALACIO VARONA, identificada con C.C. No. 1.019.132.452 y T.P. No. 353.307 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.

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, la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, el 21 de septiembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **MARTHA ISABEL ZORRILLA RUBIO**

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 y pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la ineficacia del traslado realizado por la actora del régimen de prima media al de ahorro individual, efectuado el 1° de agosto de 1994 a través de la AFP Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se condene a Porvenir S.A. a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación como aportes, rendimientos financieros, intereses, indexación, bonos pensionales, entre otros.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) El 29 de octubre de 1984, se afilió al ISS hoy Colpensiones, permaneciendo afiliada hasta el 31 de julio de 1994; 2) El 1° de agosto de 1994 se afilió al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; 3) Al momento de su afiliación a Porvenir S.A., este fondo no le informó sobre las consecuencias negativas que le traería para su derecho pensional el traslado de régimen; 4) Presentó reclamación administrativa ante Colpensiones el día 17 de agosto de 2017, solicitando ser afiliada nuevamente a esa entidad; 5) Porvenir, el día 12 de septiembre de 2017 le respondió que era improcedente su traslado al régimen de prima media y que debía continuar en el régimen de ahorro individual con solidaridad; 6) Porvenir S.A. no acreditó debidamente la existencia de libertad informada con la que autorizó el cambio de régimen; 7) Porvenir S.A., al afiliarla, omitió la obligación de brindarle la información necesaria con respecto a sus derechos prestacionales.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 44-56) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, prescripción y la innominada o genérica.

Adujo que, el traslado de régimen se realizó de manera libre y voluntaria, además, de acuerdo a la normatividad y la jurisprudencia, la

demandante no cuenta con los requisitos para realizar el traslado, pues le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad mínima de pensión.

Indicó que, a la fecha, el traslado efectuado al RAIS tiene plena validez y los supuestos vicios alegados por la demandante en el contrato suscrito con la AFP deben probarse en el desarrollo del proceso judicial.

PORVENIR S.A. (fls. 101-161) 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 rescisión 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 ineficiencia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación cotización y/o beneficios de la señora Martha Isabel Zorrilla Rubio, al régimen de ahorro individual con solidaridad en este caso administrado por Porvenir S.A., así como las relaciones subsiguientes, puntualmente las de Colpatria, Colmena y nuevamente la de Porvenir, suscrita el 23 de noviembre del año 2003.

SEGUNDO: Condenar a Porvenir S.A a trasladar el saldo de aportes y rendimientos que tenga en la cuenta de ahorro individual la señora Martha Isabel Zorrilla Rubio, con destino a Colpensiones, sin derecho al reconocimiento del régimen de transición, al no tener derecho alguno sobre el particular.

TERCERO: Ordenar a Colpensiones a recibir el saldo de aportes y rendimientos, que tenga la demandante en la cuenta de ahorro individual de Porvenir, y a incorporarlos en lo historia laboral de la demandante.

CUARTO: Absolver a los demandados 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 la particularidad en cada caso la da el acervo probatorio, y para este caso, se observa la copia de la cédula de ciudadanía de la actora, la cual reporta el 28 de octubre de 1960 como su fecha de nacimiento y la historia laboral que muestra que al momento de la afiliación o traslado al RAIS contaba con 500.86 semanas, por lo que ni por edad ni por semanas la demandante es beneficiaria del régimen de transición, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL 11385 del 2017 manifestó que el hecho que el afiliado no fuese beneficiario del régimen de transición no impedía que debiese analizarse la ineficacia o nulidad del traslado.

Indicó 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.

Adujo que, en este caso, debe resaltarse que operaron diferentes cambios de administrador de acuerdo al SIAFP, ocurriendo 3 traslados de administrador, encontrando que existen 3 cambios en donde se podría entender como ratificado el negocio jurídico, sin embargo, debe analizarse puntualmente esos pilares del consentimiento informado y especialmente la carga de la prueba, que en este caso le corresponde a Porvenir S.A., y en el último de los formularios podría determinarse un cauce de ratificación, sin embargo, es el precedente horizontal que ha sostenido el criterio que el último traslado o ratificación también estaría incumpliendo con los deberes de información.

Mencionó que, en dicho formulario de afiliación, suscrito en el mes de noviembre de 2003, se evidencia un error, el cual no permite la ampliación del precedente para determinar la existencia de una ratificación expresa, y este error no es otro que determinar que la demandante tenía derecho al beneficio del régimen de transición, cuando ello no es así, entonces esa pieza documental del año 2003 no puede considerarse como una ratificación expresa del acto, pues allí se consigna una información y asesoramiento divergente al que debería existir en la realidad.

Refirió que, no se puede evidenciar que la condición de ratificación hubiese implicado de manera efectiva la existencia de libertad informada, que derivaría en la ineficacia en sentido estricto del acto jurídico de la afiliación, así las cosas, a pesar de que se hubiese podido establecer una valoración probatoria y unas consideraciones jurídicas absolutamente extensas, se pudo evidenciar de manera clara y contundente, que en este caso lo que hubo fue una inobservancia de los deberes de información y una información tergiversada frente a una condición pensional que jamás fue sustentada por la demandante.

Concluyó indicando que, en lo que tiene que ver con la excepción de prescripción, se ha determinado en sentencias SL 1688 y SL 1689 del 2019, que frente a este tipo de controversias no opera la prescripción respecto del acto jurídico de afiliación o circunstancias análogas.

4. APELACIÓN

COLPENSIONES

Indicó que los vicios del consentimiento también están constituidos en el artículo 1508 del Código Civil, siendo estos el error, la fuerza y el dolo, siendo importante analizar los elementos de este artículo, ya que la parte

actora indica que fue inducida a error por parte del asesor comercial, al no informarle sobre unos beneficios que creía tener.

En cuando al dolo, indicó que es necesario que se demuestre con pruebas, lo cual, en este caso brilla por su ausencia, dado que, como dijo la testigo, no estaban obligados a firmar así estuvieran los asesores del fondo, sino que fue una decisión libre si se trasladaba al fondo que se le ofrecía en su momento.

Solicitó la revocatoria del fallo según el artículo 1750 del Código Civil, con respecto a la subsanación que se hace sobre los vicios del consentimiento en los contratos civiles, ya que Colpensiones argumenta que no se cumple con los parámetros establecidos en la sentencia SU 062 de 2010, por lo tanto, no cuenta con la edad ni con el tiempo para que sea recibida en el régimen de prima media.

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 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 explicita así:

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

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

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."

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 29/10/1984 (fl 52 y 56); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 01/07/1994 a través de la A.F.P HORIZONTE (hoy Porvenir S.A) (fl 125); **iii)** que efectuó traslado entre A.F.P. los días 27/10/1995 (Colpatria), 22/10/1999 (Colmena), 01/04/2000 (ING) y 23/10/2003 (Porvenir) (fl. 128) y **iv)** que el 17 de agosto de 2017 (fl 19 y 35) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

A folio 125 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 01 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 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 reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, razón por la cual, el estudio del presente caso no debía realizarse a la luz de los vicios del consentimiento, no siendo dable que la parte demandante probara la existencia de error, fuerza o dolo en la celebración del acto de traslado, tal y como lo argumenta COLPENSIONES en su recurso.

Ahora bien, 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 debiendo devolverse todos los dineros que ingresaron a la AFP debidamente INDEXADOS.

De otro lado y, teniendo en cuenta lo esgrimido por COLPENSIONES al sustentar su recurso, conforme la jurisprudencia citada en la parte considerativa de esta decisión, en casos como el que nos ocupa, resulta irrelevante que la afiliada fuese o no beneficiaria del régimen de transición, pues ello resulta inane para la aplicación del presente expuesto por la H.

Corte Suprema de Justicia, en lo que respecta a las ineficacias del traslado de régimen pensional.

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, y todos los demás dineros recibidos debidamente indexados, conforme las motivaciones expuestas en la parte motiva de esta decisión, y **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada.

Código Único de Identificación: 11001310501220170072301

Demandante: **MARTHA ISABEL ZORRILLA RUBIO**

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

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.

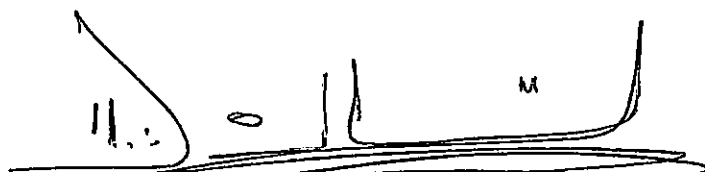
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Voto!

Código Único de Identificación: 11001310502120190054701

Demandante: **CLARA INÉS GÓMEZ GONZÁLEZ**

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 (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 010

I. AUTO

PRIMERO: Téngase por reasumido el poder por la doctora CLAUDIA LILIANA VELA, identificada con T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

SEGUNDO: Reconózcase como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. VIVIANA MORENO ALVARADO, identificada con C.C. No. 1.093.767.709 y T.P. No. 269.607 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 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 Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, el 28 de septiembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que CLARA INES GÓMEZ GONZÁLEZ 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 y pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la “nulidad” y/o ineficacia el traslado de régimen efectuado por la demandante el 12 de agosto de 1997 a través de la AFP Colpatria – hoy Porvenir S.A.

Como consecuencia de ello, solicita 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 demandante, y a esta última a recibirla sin solución de continuidad, así como corregir y actualizar la historia laboral.

Como sustento de sus pretensiones, expuso los siguientes hechos:

1) Nació el 12 de abril de 1956; 2) Es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues contaba con más de 35 años a la entrada en vigencia de dicha norma; 3) Prestó sus servicios al Hospital San Rafael de Cáqueza del 8 de abril de 1980 al 9 de abril de 1981; 4) Cotizó al ISS desde el 25 de julio de 1984 hasta el 31 de agosto de 1997; 5) Prestó sus servicios a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – Caprecom del 10 de febrero de 1986 al 28 de diciembre de 2004; 6) El 12 de agosto de 1995 se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad mediante afiliación a Colpatria – hoy Porvenir S.A.; 7) Esa aparente decisión libre y voluntaria no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió; 8) El 26 de junio de 2018 solicitó a Colpensiones y Porvenir S.A. la nulidad del traslado de régimen efectuado el 12 de agosto de 1997; 9) El 19 de julio de 2018, le fue aprobado el traslado por activación de la sentencia SU 062 de 2010; 10) Colpensiones reversó el traslado de régimen, conforme se evidencia en el cerrificado de afiliación del 13 de agosto de 2019.

1. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

PORVENIR S.A. (fls. 126-160) 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 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.

COLPENSIONES (fls. 161-183) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las de descapitalización del sistema pensional, 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 y la innominada o genérica.

Adujo que para la fecha en la cual la demandante solicitó ante Colpensiones su traslado contaba con 63 años, por lo que se encontraba inmersa dentro de la prohibición legal establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, además, que la accionante no hizo uso del derecho de retracto.

Indicó que, al momento de la afiliación de la actora al RAIS se encontraba frente a una mera expectativa, ya que, para fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 la demandante contaba con la edad, pero al momento del traslado perdió dicho beneficio.

Expuso que la demandante no está amparada por el régimen de transición, pues al trasladarse perdió el mismo y por tanto no puede retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo, ello debió hacerlo cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir con el requisito de edad, lo cual no sucedió, pues la solicitud la elevó cuando tenía 60 años.

Mencionó que, de los hechos de la demanda se concluye 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 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 ello, no se está en presencia de lo consagrado en el artículo 1740 del Código Civil.

Expuso que, en caso de declarar la existencia de una nulidad, debe tenerse en cuenta que la misma no se alegó dentro del término dispuesto en el artículo 1750 del CC y que la misma fue saneada en los términos del artículo 1752 ibidem, al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de régimen en su momento.

Finalmente, adujo que, le compete a la demandante demostrar el o los vicios del consentimiento alegados, no bastando para ello si simple afirmación, máxime cuando su afiliación se dio en septiembre de 1999, lo que significa que han transcurrido más de 20 años, configurándose

imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental de la misma.

2. SENTENCIA APELADA

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

PRIMERO. - **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora Clara Inés Gómez González al régimen de ahorro individual el 12 de agosto de 1997 y fecha de efectividad a partir del 1° de octubre de 1997, por intermedio de Colpatria hoy Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones.

SEGUNDO. - **CONDENAR** a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción de gastos de administración y de traslado contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora Clara Inés Gómez González. Para ello se le concede el término de un (1) mes.

TERCERO. - **CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

CUARTO. - **DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas conforme lo señalado. (...)

En síntesis, refirió, en primer lugar, que en este asunto lo que se busca es determinar si hubo una ineficacia o nulidad del traslado que la demandante realizó en 1997 del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad.

Luego, indicó que en esta clase de asuntos se ha tenido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que, para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad y deseo del afiliado se requiere que la AFP haya suministrado una información completa, clara, oportuna y comprensible sobre las condiciones específicas de su situación pensional, además de señalar que el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al usuario, como mínimo, de las características, condiciones, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Mencionó que el deber de información ha estado desde el año 1993 con el Decreto 663 y la Ley 100 de 1993, donde se señala que las AFPs deben obrar no solo conforme a la ley sino soportadas en los principios de buena fe y al servicio de los intereses sociales, además, la Corte Suprema de Justicia ha tenido por establecido, conforme las premisas del artículo 97 del mentado

Decreto 663/1993 la información debe ser necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realicen, de suerte que les permita a los usuarios o afiliados, a través de elementos de juicio claros y subjetivos, escoger las mejores opciones que se presentan en el mercado.

Adujo que, si bien las características de los regímenes pensionales están en la ley, algo que no puede discutirse es que los profesionales que ejercen esta labor deben suministrar la información de tal forma que el afiliado tenga herramientas para tomar la decisión informada, esto por un deber profesional y que hace referencia a la fe pública en este tipo de actividades, que no solo están ligadas a la actividad financiera, sino al sistema pensional, a lo cual se hace referencia en la sentencia SL 1457 de 2019.

En cuanto a la carga de la prueba, expuso, diferentes sentencias como la SL 1452 de 2019 o la SL 1429 del mismo año, han señalado que corresponde a las AFP demostrar que han cumplido con el deber de información al afiliado, el cual comprende una descripción de las características de los regímenes pensionales, en un lenguaje clara y accesible, además, el artículo 167 del CGP indica que las negaciones indefinidas no requieren prueba, tal y como sucede en este asunto.

Bajo ese entendido, consideró la *a quo*, que no se demostró por parte de Porvenir el cumplimiento de ese deber, la información que tenían que darle a la accionante en el momento del traslado para que ella consciente y libremente diera un consentimiento informado, para tomar esa decisión trascendente como lo es el traslado de régimen; adicionalmente, echa de menos el formulario de afiliación del traslado inicial, pese a lo cual se observa que efectivamente ese traslado se dio y se empezaron a realizar cotizaciones para el fondo privado Colpatria – hoy Porvenir y la actora acepta que ella firmó una autorización para que se hicieran esos descuentos, y posteriormente hay un formulario del año 1999 donde se señala que la anterior AFP era Colpatria.

Indicó que, al momento del traslado a Porvenir no podía hablarse de un traslado entre regímenes, sino un traslado entre fondos; luego, hay un documento posterior del mismo año 1999, un formulario donde se indica que la entidad anterior era el ISS, por lo que considera la Juez que existe un afán de Porvenir de legalizar una situación en la cual no se encontraba completamente clara la afiliación, no obstante, desde el año 1997 la actora ya estaba realizando los aportes y ella misma refiere que estaba en Caprecom y decidió pasarse a Colpatria.

Expuso que, aun donde se partiera de que el traslado se realizó en el año 1997, se observa que en ninguna de las oportunidades se le informa a la demandante las características, condiciones, ventajas y desventajas y

mucho menos se le da una asesoría completa, máxime cuando la accionante, por la edad ya era beneficiaria del régimen de transición a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y se echa de menos que en alguna oportunidad se le hubiera asesorado sobre el particular, además, del interrogatorio de parte no se puede considerar que se obtuvo una confesión que conociera más ventajas o desventajas, condiciones o características de cada régimen pensional, lo único que se observa es la demandante autorizó al empleador para que se le hicieran unos descuentos.

Finalizó indicando que, en sentencia 9373 del 2017 se señaló que en temas de ineficacia del traslado no pueden aplicarse normas de carácter civil como la prescripción.

3. APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Argumentó que, en el proceso quedó demostrado que la demandante firmó de forma voluntaria y libre los formularios de afiliación con esta entidad, lo que quiere decir que tuvo una decisión libre e informada, lo que se acredita, no solo con la firma de los formularios, sino que también con su conducta, ya que permaneció en el régimen privado, e incluso teniendo una multifiliación decidió continuar en el RAIS y permitió los descuentos al fondo privado, pruebas que si se analizan conjuntamente llevan a la certeza de que la intención de la demandante era permanecer en el RAIS.

Expuso que no es viable imponerle cargas jurídicas a esa entidad diferentes a las previstas en las leyes al momento de la afiliación de la demandante, ya que ello constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima, ya que para cuando se realizó el acto jurídico de afiliación, la actora no solo era plenamente capaz, sino que el acto tenía objeto y causa lícita y por interpretaciones se desconocen instituciones primarias del Estado Social de Derecho como son la validez y los efectos jurídicos de los actos jurídicos.

Adujo que, de declararse la ineficacia de la afiliación las consecuencias serían que las cosas vuelvan a su estado anterior en estricto sentido, produciéndose las siguientes consecuencias: el contrato de afiliación nunca existió, Porvenir no debió administrar los recursos de la cuenta individual de la demandante, los rendimientos que produjo esa cuenta de ahorro individual no se causaron y en estricto sentido no habría un cobro por gastos de administración; en tal orden de ideas, debe entenderse que los gastos de administración y seguros previsionales no corresponden a la afiliación de las personas en ningún sentido, puesto que no financian la prestación de vejez y no son parte integral de esta, razón por la cual, prescriben como lo señala el artículo 151 del CPTSS.

COLPENSIONES

Solicitó se estudie la sentencia en grado jurisdiccional de consulta.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 10 de noviembre 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 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 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 explicita así:

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

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber

recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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

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

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

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

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al

ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

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

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del 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.

EL CASO EN CONCRETO:

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 25/04/1984 (fl 44 y 179) y que conforme los formatos CLEBP desde el día 10/02/1986 realizó aportes a Caprecom (fl. 35-43); **ii)** que solicitó traslado hacia el RAIS a través de la AFP Colpatria el 12/08/1997 (fl. 148); **iii)** posteriormente efectuó traslado

dentro del mismo régimen a la AFP Porvenir el 27/04/1999 (fl. 148 y 217), y **iv)** que el día 26/06/2018 (fl 65 y 78) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

Pues bien, sea lo primero recordar es que, conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez puede valorar libremente la prueba y dado que para probar el cumplimiento del deber de información, no existe tarifa legal de prueba, la pasiva podía valerse de cualquier medio de prueba de aquellos consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, no obstante, ello no aconteció en el caso bajo estudio, pues, de un lado en su interrogatorio de parte la actora no confesó hechos que favorezcan a su contraparte pues manifestó que no recibió una asesoría por parte la administradora de pensiones, y por otro lado, de la documental arrojada, ninguna da cuenta del cumplimiento de la obligación de información suficientemente satisfecha a cargo de la demandada, especialmente cuando ni siquiera se allega el formulario de afiliación con la AFP Colpatria, el cual fue el que trasladó de régimen a la actora.

Frente al tema del formulario, ha de memorarse que 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, por lo que no bastaba con allegarse dicha documental o que este se hubiese firmado de manera voluntaria, como lo argumenta Porvenir en su recurso, pues esta documental no basta para demostrar el cumplimiento del deber de información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

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.

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

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 reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que la demandante la pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos.

En lo que se refiere 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.

Frente a la inconformidad de la demandada apelante PORVENIR S.A. respecto de la orden de devolución de cuotas o gastos de administración y/o valores pagados por primas a seguros previsionales 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 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”.

De esta manera, es claro que la declaratoria de ineficacia de traslado genera a cargo de todas las entidades involucradas el deber de reintegrar los correspondientes valores que percibieron, razones por las cuales la sentencia del A Quo debe ser confirmada en el punto apelado, aunque **se ADICIONARÁ** en el sentido de que dichas sumas deben entregarse a COLPENSIONES debidamente indexadas, en aras a superar la depreciación lógica del tiempo.

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”.*

Así mismo, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

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.- ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a las AFP accionadas la devolución de los gastos ordenados en la primera instancia debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

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

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.

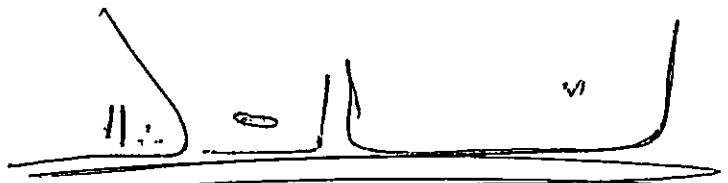
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto !

Código Único de Identificación: 11001310502220180047001

Demandante: **GLADYS AMPARO CÁRDENAS FRIAS**

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 Sustanciadora.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 010

I. AUTO

PRIMERO: Téngase por reasumido el poder por la doctora CLAUDIA LILIANA VELA, identificada con T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

SEGUNDO: Reconózcase como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. LINDA VANNESA BARRETO SANTA MARIA, identificada con C.C. No. 1.013.637.319 y T.P. No. 280.300 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

TERCERO: RECONOCER personería jurídica a la doctora JOHANA ALEXANDRA DUARTE HERRERA, identificada con C.C. No. 53.077.146 y T.P. No. 184.941 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.

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 Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, el 03 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que GLADYS AMPARO CÁRDENAS FRIAS 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 y pretensiones

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.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los ahorros por ella efectuados y a esta última autorizar el traslado.

Como fundamento de sus pretensiones, expuso los siguientes hechos:

1) Nació el 10 de marzo de 1963; 2) En la actualidad se encuentra afiliada a Porvenir S.A.; 3) Solicitó traslado a Colpensiones, el día 4 de mayo de 2018, petición que fue negada en la misma data 4) Mediante oficio de fecha 4 de mayo de 2018 solicitó al fondo de pensiones Porvenir S.A. el traslado a Colpensiones, petición que fue negada mediante respuesta de fecha 10 de mayo de 2018; 5) La decisión de traslado de régimen no fue una decisión autónoma, informada y consciente; 6) En ningún momento se le dio a conocer los riesgos del traslado de régimen, ni la forma en que eso impactaría el valor de su mesada pensional; 7) La decisión de traslado no fue tomada en forma libre y consciente, dada la omisión de la AFP de brindar toda la información necesaria, que le permitiera tomar la decisión informada de asumir el traslado de régimen pensional; 8) A la AFP Porvenir S.A., le correspondía documentar en forma clara y suficiente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de nulidad.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 53-86) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las de 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 y la innominada o genérica.

Adujo que la demandante, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 30 años y no contaba con los 15 años de cotización, razón por la cual no es beneficiaria del régimen de transición, razón por la cual, no es de recibo que pretenda retornar al régimen de prima media.

De otro lado, indicó que, para el 4 de mayo de 2018, fecha en la que presuntamente solicitó ante Colpensiones su afiliación inicial, contaba con 55 años, esto es, cuando se encontraba dentro de la prohibición legal consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Expuso que, al momento de la afiliación al RAIS, la demandante se encontraba frente a una mera expectativa, pues para el 1° de abril de 1994 contaba con 30 años de edad y no tenía el requisito de semanas o tiempo de servicio, para querer regresar al RPM en cualquier tiempo.

Indicó que la demandante no se encuentra amparada por el régimen de transición, pues al trasladarse perdió el mismo y por tanto, para devolverse al RPM debió hacerlo cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir con el requisito de edad, lo cual no sucedió, pues la solicitud la elevó cuando tenía 55 años.

Mencionó que, de los hechos de la demanda se concluye 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 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 ello, no se está en presencia de lo consagrado en el artículo 1740 del Código Civil.

Expuso que, en caso de declarar la existencia de una nulidad, debe tenerse en cuenta que la misma no se alegó dentro del término dispuesto en el artículo 1750 del CC y que la misma fue saneada en los términos del artículo 1752 ibidem, al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de régimen en su momento.

Finalmente, adujo que, al haber fundado la actora su pretensión en el hecho de haber sido engañada por los asesores de la AFP al cual se encuentra afiliada, de conformidad con lo expuesto en el artículo 1516 del CC y 167 del CGP, le corresponde la carga de probar dicha afirmación, lo que no se encuentra demostrado en este proceso.

PORVENIR S.A. (fls. 91-125) 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, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

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

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

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

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

3. SENTENCIA APELADA

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

"PRIMERO: Declarar la nulidad del traslado efectuado por la señora Gladys Amparo Cárdenas Frías CC. 39.710.658 al régimen de ahorro individual con solidaridad, acaecido el 30 de septiembre de 1998.

SEGUNDO: Ordenar a Porvenir S.A., fondo al que se encuentra afiliada la señora Gladys Amparo Cárdenas Frías CC 39.710.658, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones- los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedaron explicados en esta providencia.

TERCERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. (...)”

En síntesis, indicó que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicados 33083 del 3 de septiembre de 2014, rad, 46292 del 28 de octubre de 2017 y la SL 201452 del 3 de abril del 2019, respecto a la información que las AFP debían suministrar a sus afiliados, ha expuesto que desde su creación, las administradoras ya se encontraban en la obligación de suministrar información clara, completa y transparente a los usuarios, sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible formar un juicio claro sobre las opciones del mercado, en

concordancia con la doble calidad que tienen las AFP de entidades financieras y prestadoras de un servicio social, siendo así el cumplimiento de este deber más riguroso.

Expuso que, conforme la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, la firma libre y voluntaria del formulario no es suficiente para acreditar el deber de información, pues, a lo sumo, acredita un consentimiento, pero no informado, por ello, el cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al usuario sobre las ventajas y desventajas de cada régimen pensional y los riesgos del cambio.

En lo que se refiere a la carga de la prueba, adujo que la citada Corporación ya manifestó que la carga de la prueba se invierte a favor del usuario y bajo tal premisa, cuando el afiliado alega que no recibió información, ello es un supuesto negativo que no puede probarse por quien lo evoca, por lo que debe ser probado por la contraparte, que sí brindo información.

Frente al caso particular, expuso que se evidencia que la accionante se trasladó del RPM al RAIS el 30 de septiembre de 1998, y desde tal perspectiva, la carga de la prueba se encontraba en cabeza de Porvenir S.A., entidad que debía demostrar el tipo de información que le dio a la usuaria y si la misma fue veraz para comprender las condiciones negativas y positivas de su decisión, lo cual no aconteció.

En cuanto a la excepción de prescripción, expuso que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue un derecho pensional, el cual es imprescriptible.

4. APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Adujo que, la usuaria no consideró solicitar asesorías para así tomar una decisión, antes de este proceso; además, refiere que no pueden solicitarse pruebas documentales en donde conste la asesoría que se brindó, ya que si el afiliado deseaba trasladarse firmaría el formulario, siendo esta la única prueba exigible.

Destacó que la demandante tenía la voluntad de permanecer afiliada al RAIS, debido a los actos de acercamiento que tuvo con la administradora, como son la suscripción del formulario, la revisión de las debidas cotizaciones, el no haber realizado el traslado anteriormente al RPM, lo que demuestra una correspondencia entre voluntad y acción.

Indicó que el deber de información no solo puede endilgarse al fondo de pensiones, ya que por el derecho de igualdad, también es deber del afiliado, quien es conocedor de su situación particular y concreta y de sus expectativas

laborales, que son, en últimas, las que le permitirán acceder a una mejor mesada pensionales, condiciones estas que se le escapan a las AFP.

Frente a la condena de gastos de administración, no la consideran pertinente, ya que esta suma tiene como mandato legal una destinación específica, que en este caso se cumplió plenamente durante el periodo que la demandante ha mantenido su vinculación con el RAIS, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas conforme a la ley, conforme los gastos que ha llevado el cumplimiento de la debida administración de los fondos aportados por la demandante, principalmente el manejo de las inversiones tendientes al aumento y rentabilidad de esos recursos.

COLPENSIONES

Argumentó que la a quo no tuvo en cuenta el origen del proceso, el cual no es más que económico, respecto de la mesada pensionales que va a recibir por la AFP y por Colpensiones, ya que del interrogatorio de parte se puede extraer que la demandante se encuentra inconforme con el valor de su mesada pensional, lo que nada tiene que ver con el deber de información, ya que al momento de su afiliación era imposible determinar esta valor, el cual depende de factores como tiempo, semanas cotizadas, valor del rubro; por ello, encuadrar este caso en una ineficacia de traslado es un “desfase” en materia jurídica.

Expuso que, el proceso fue sujeto a la existencia o perfeccionamiento de acto ineficaz, con ocasión del artículo 898 del Código de Comercio, donde se expresa que la ratificación de las partes, dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes, perfeccionará el acto inexistente, lo cual va con la sentencia SL 14413 del 2018 y de hacerse el análisis desde el Código Civil, se tiene que la misma fue saneada de acuerdo con los artículos 1752 y 1754.

Concluyó indicando que se ataca a todos los afiliados al régimen público de pensiones, ya que se afecta el principio de solidaridad, el cual no fue cumplido por la demandante, ya que la mayoría de semanas no fueron cotizadas al régimen de prima media, por lo que sus cotizaciones no sirvieron para financiar las de otras personas y los fondos que se pasarían a Colpensiones no alcanzarían sino a financiar una pensión para la actora por un máximo de 8 años, y de ahí en adelante el Estado tendría que subsidiar la pensión con dineros que no cumplieron con el principio de solidaridad, lo que es injusto, especialmente cuando Colpensiones desconoce los términos en los que se realizó el traslado de la actora.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 10 de noviembre 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 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 explicita así:

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

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

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

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 27/08/1989 (fl 86); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 30/09/1998 a través de la A.F.P PORVENIR S.A (fl 101); **iii)** que el día 04/05/2018 (fl 3 y 5) 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 la demandante suscribió el 30 de septiembre de 1998 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.

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

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 reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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

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.

Frente al argumento presentado por COLPENSIONES 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 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 aparece 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 razones por las cuales la sentencia del A Quo debe ser confirmada en el punto apelado, aunque **se ADICIONARÁ**, en el sentido de que dichas sumas deben entregarse a COLPENSIONES debidamente indexadas, en aras a superar la depreciación lógica del tiempo.

En cuanto al argumento expuesto por COLPENSIONES en su recurso, respecto de la afectación del principio de sostenibilidad financiera o de solidaridad, 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 cargos 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 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.

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

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 30/09/1998, y se **ADICIONARÁ**, en el sentido de que las accionadas deben devolver todos los valores ordenados en la sentencia de primera instancia, debidamente indexados, por las razones antes expuestas.

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.- **MODIFICAR EL NUMERAL PRIMERO** de la parte resolutive de la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

En su lugar, dicho numeral quedará así:

Código Único de Identificación: 11001310502220180047001

Demandante: **GLADYS AMPARO CÁRDENAS FRIAS**

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

***"PRIMERO:** Declarar la ineficacia del traslado efectuado por la señora Gladys Amparo Cárdenas Frias CC. 39.710.658 al régimen de ahorro individual con solidaridad, acaecido el 30 de septiembre de 1998."*

SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a las AFP accionadas la devolución de los gastos ordenados en la primera instancia debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

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.

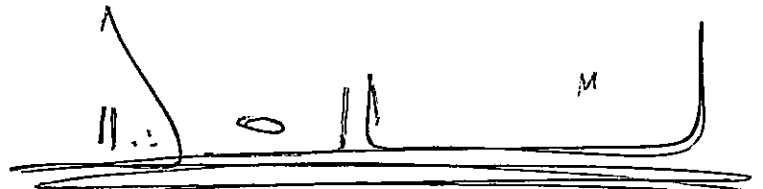
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 010

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 del demandante la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de septiembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **JOSÉ LISIMACO JIMÉNEZ** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos y pretensiones

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 abril de 2007, así como los intereses moratorios e indexación por dicho concepto.

Como fundamento de sus pretensiones, expuso los siguientes hechos:

1) El ISS – hoy Colpensiones, mediante Resolución No. 013794 del 2007, le reconoció la pensión de vejez, a partir del 1° de abril de 2007; 2) Dicha prestación le fue reconocida dando aplicación a lo previsto en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1990; 3) Contrajo matrimonio con Berenice Vásquez de Jiménez, el 24 de diciembre de 1977; 4) Ha convivido con su esposa de manera permanente e ininterrumpida bajo el mismo techo, compartiendo el mismo lecho, dependiendo su esposa económicamente de él,

puesto que no trabaja ni disfruta de pensión; 5) Colpensiones, en la resolución que le reconoció la pensión de vejez, no le reconoció el incremento pensional por persona a cargo; 6) Frente a la norma que consagra el incremento pensional no se ha producido ningún tipo de derogatoria; 7) La reclamación administrativa se encuentra agotada, pues se presentó el 17 de octubre de 2018, petición que fue negada en la misma data.

2. Actuación Procesal.

Notificada la entidad demandada, **COLPENSIONES** (fls. 34-51), dio respuesta al libelo genitor, oponiéndose a las pretensiones incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las denominadas falta de causa para pedir, cobro de lo no debido, violación al principio constitucional de sostenibilidad del sistema, prescripción y la innominada o genérica.

Expuso, en síntesis, que conforme la sentencia SU 140 del 2019, el incremento solicitado desapareció de la vida jurídica con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de derogatoria orgánica en virtud de los principios de articulación, organización y unificación dispuestos en dicha norma.

Adujo que los incrementos pensionales no forman parte del núcleo esencial de la seguridad social, en tanto no están relacionados con la dignidad de persona alguna y por ende, debe ceder ante la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, en tanto que es mediante ésta que el Estado puede sostener una política diseñada para permitir que otras personas puedan acceder a una pensión mínima.

Concluye mencionando que, a criterio de la Corte Constitucional, se sostiene de manera clara que con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de derogatoria a partir del 1° de abril de 1994, fecha en la cual la Ley 100 entró a regir; tal derogatoria resultó en que los derechos al incremento dejaron de existir para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de dicha norma, sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1° de abril de 1994.

3. Providencia apelada

La A quo dictó sentencia **ABSOLUTORIA**.

Para sustentar su decisión, adujo, en síntesis, que no es objeto de controversia la condición de pensionado del demandante, pues a través de Resolución 013794 del 2007 el ISS le reconoció pensión de vejez con fundamento en el artículo 2 del Acuerdo 049 de 1990 como beneficiario del régimen de transición, siendo reconocida a partir del 1° de abril de 2007.

Afirmó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, frente a la vigencia de los incrementos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 ha adoctrinado, de manera pacífica, que estos hacen parte del régimen de transición, por lo que de ellos son beneficiarias las personas a las que se les reconoció la pensión bajo los parámetros de tal norma, sin que se pueda predicar su derogatoria expresa o tácita con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Que pese ese a lo anterior - afirma - que el 28 de marzo de 2019 la Corte Constitucional emitió sentencia de unificación 140 de 2019 en la cual señaló, en primer lugar que el artículo 289 de la Ley 100 de 1993 no derogó expresamente el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, sin embargo, bajo la figura de la derogatoria orgánica, dicha figura desapareció del ordenamiento jurídico, concluyendo así, que los incrementos en mención fueron derogados orgánicamente a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues esta reguló de manera integral y sustancial la materia pensional en cuanto a todo lo que tenía relación con este tema.

Indicó que en dicha providencia se dijo que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales desapareció del ordenamiento jurídico en virtud de la derogatoria orgánica, sin perjuicio de que estos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Constitución Política.

Expuso que ese estrado judicial acogió el criterio expuesto por la Corte Constitucional, pues las sentencias de unificación deben entrar a resolver las contradicciones creadas por las diferentes decisiones judiciales, encausando la laboral judicial en los linderos de la Constitución Política en punto de garantizar los derechos fundamentales, máxime cuando se ha adoctrinado que la jurisprudencia constitucional prima sobre la jurisprudencia de los demás órganos de cierre.

Por lo antes expuesto, teniendo en cuenta que al demandante le fue reconocida la pensión de vejez mediante Resolución 013794 del 2007, a partir del 1° de abril de dicha anualidad, es evidente que no le asiste el derecho al reconocimiento del pago de incrementos de la prestación pensional por cónyuge a cargo, pues dichos beneficios no se encuentran vigentes para la fecha en que le fue reconocida la pensión.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, por auto del 09 de noviembre del 2020, se admite el grado jurisdiccional de consulta.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

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 1º 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 1º 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 1º 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 1º de abril de 1994. Por el contrario, para quienes hubieran cumplido con los requisitos necesarios para pensionarse antes del 1º de abril de 1994 y, por ende, llegaron a adquirir derechos que la Constitución protege, lo que es susceptible de prescripción son

los referidos incrementos que no se hubieren cobrado dentro de los tres años anteriores a su causación mas no las correspondientes mesadas pensionales.

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

CASO CONCRETO

Sin que exista duda en torno a que la fuente normativa a partir de la cual se le reconoció el derecho pensional al actor, es la misma que contiene la regulación sobre los incrementos pensionales por personas a cargo, esto es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, debe precisarse **que ello fue así por ser el actor beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993**. Ello se desprende de la Resolución No. 013794 del 29 de marzo de 2007, obrante a folios 19 y 47 del plenario.

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

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

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

Código Único de Identificación: 11001310502420190001501

Demandante: **JOSÉ LISIMACO JIMÉNEZ**

Demandado: **COLPENSIONES**

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

En esta instancia no se causaron costas.

IV. DECISIÓN

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

V. RESUELVE

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

SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11001310502720180045701

Demandante: **HENRY LEÓN RIVERA JAIMES**

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 Sustanciadora.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 010

I. AUTO

PRIMERO: Téngase por reasumido el poder por la doctora CLAUDIA LILIANA VELA, identificada con T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

SEGUNDO: Reconózcase como apoderado sustituto de Colpensiones al Dr. ANDRES ZAHIR CARRILLO TRUJILLO, identificado con C.C. No. 1.082.915.789 y T.P. No. 267.746 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a él conferido.

II. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1º 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 Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 24 de agosto de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que HENRY LEÓN RIVERA JAIMES 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 y pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la “nulidad” de la afiliación suscrita por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizada a través de Porvenir S.A., con fecha d efectividad en el mes de julio de 1999.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes, rendimientos y semanas cotizadas.

De manera subsidiaria y, en caso de no atender la solicitud de nulidad, deprecia se condene a Porvenir S.A. a pagarle al accionante una mesada pensional de vejez¹) igual o equivalente a la que hubiese recibido de Colpensiones de no haber efectuado el traslado.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Nació el 3 de diciembre de 1957; 2) El 4 de noviembre de 1981 suscribió con el ISS, afiliación al sistema general de seguridad social y pensiones; 3) Cotizó 925 semanas hasta el mes de julio de 1999 con el ISS; 4) Para los primeros meses del año 1999 recibió una llamada de un asesor de Porvenir S.A., el cual le insistía en el cambio de régimen pensional; 5) Este asesor comercial, vía telefónica, le ofreció innumerables beneficios, entre ellos la posibilidad de pensionarse antes de la edad, un valor más elevado de la pensión comparado con la que recibiría en el ISS, además de indicarle que el ISS desaparecería y perdería sus cotizaciones; 6) A mediados de 1999, cuando laboraba en la empresa Baldosines Torino S.A., asesores de Porvenir S.A. visitaron a los trabajadores de dicha empresa, incluyéndolo; 7) En el mes de julio de 1999, motivado por los beneficios ofrecidos por el asesor de Porvenir S.A., firmó un formulario de traslado a dicha AFP, confiando en las promesas de obtener una mejor mesada pensional; 8) El traslado a Porvenir S.A. inició el 1° de julio de 1999; 9) Porvenir S.A. nunca le proporcionó documento alguno sobre las propuestas y beneficios que presentaba cambiarse de régimen y mucho menos de las desventajas que le representaba afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad; 10) Al momento de la afiliación no se le puso en conocimiento los distintos escenarios comparativos entre los dos regímenes existentes, con el fin de que pudiera establecer lo que más le convenía; 11) Mediante radicado de fecha 16 de marzo de 2018, le solicitó a Porvenir S.A. su traslado a Colpensiones, solicitando la anulación del traslado realizado en 1999; 12) El 23 de marzo de 2018 Porvenir S.A. dio respuesta negativa a su petición.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 87-111) se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas, proponiendo como excepciones de mérito las de inexistencia 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, en virtud de las pruebas arrojadas al proceso se evidencia que el demandante se encuentra válidamente afiliado a Porvenir S.A., resaltando que el mismo se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó el traslado suscribiendo los formularios para efectuar dicho traslado.

Adujo que el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 establece la libre escogencia entre regímenes pensionales y también la posibilidad de trasladarse una vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial, sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el sistema pensional, el artículo 1° del Decreto 3800 de 2003 limitó este derecho cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, salvo los afiliados que tuvieran 15 años cotizados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, situación que no acontece en este caso, pues, verificada la historia laboral del demandante, para el 1° de abril de 1994, contaba con 920 semanas de cotización para acceder a dicho beneficio, siendo improcedente su traslado al Régimen de Prima Media.

Indicó que las características, condiciones y modalidades pensionales propias del RAIS se encuentran consignadas en los artículos 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, norma que, por ser de alcance nacional impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación, por tanto no es dable alegar la ignorancia como excusa.

PORVENIR S.A. (fls. 121-219) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación a cargo de mi representada, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la innominada o genérica.

En resumen, adujo, que el traslado efectuado por el demandante el día 30 de junio de 1999 lo efectuó en ejercicio de su autonomía de selección libre y voluntaria de régimen pensional, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Expuso que el demandante no es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que su régimen pensional se regula por esta norma, sin remisión a disposiciones anteriores, encontrándose establecidas en dicha norma las características de cada uno de los regímenes pensionales.

Indicó que el demandante argumentó que esa entidad no realizó proyecciones pensionales, pero olvida que el deber de asesoría e información al consumidor financiero por parte de las AFP se estableció a partir del Decreto 2555 de 2010, y la obligación de informar por parte de las AFP fue

solo dispuesto a partir de la Ley 1748 de 2015, es decir, las administradoras de pensiones no tenían antes de esas fechas la obligación de elaborar proyecciones, dado que el alcance de la asesoría antes de la mencionada ley era meramente informativa con las explicaciones particulares establecidas en la ley y algunas señaladas en el Estatuto Financiero.

Argumentó que no es procedente dejar sin efecto el acto jurídico de traslado, ya que no puede alegarse la falta de información por el simple hecho que lo diga una de las partes del acto jurídico, ya que no puede anularse de manera unilateral, cuando una de las partes desee revocarlo, especialmente porque, luego de que se ha ejecutado no le interesan los lineamientos propios del RAIS, aunque el conocimiento y la información se pusieron de presente desde el momento precontractual.

Precisó que, si el demandante se estaba refiriendo a una nulidad por error de derecho, de conformidad con lo expuesto en el artículo 1509 del Código Civil, este no produce vicio del consentimiento.

Finalizó diciendo que, en caso de declararse nulidad alguna, la misma se encuentra prescrita conforme lo dispuesto en el artículo 151 del CPTSS y/o en el artículo 1750 del Código Civil.

3. SENTENCIA APELADA

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

“Primero: Declarar la ineficacia del traslado del señor Henry León Rivera Jaimes del régimen de prima media con prestación definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones al de ahorro individual con solidaridad administrado por la sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Condenar a la demandada sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor Henry León Rivera Jaimes, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto la parte motiva esta providencia.

Tercero: Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones afiliar nuevamente al señor Henry León Rivera Jaimes al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de la sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., conforme a lo expuesto la parte motiva esta providencia.

Cuarto: Declarar no probadas las excepciones de prescripción, error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas formuladas por Colpensiones y las de prescripción, inexistencia de la obligación a cargo de mí representada, cobro de lo no debido y buena fe,

Código Único de Identificación: 11001310502720180045701

Demandante: **HENRY LEÓN RIVERA JAIMES**

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

formuladas por Porvenir S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. (...)”

En síntesis, señaló, en primer lugar que, si bien se solicita la nulidad de la afiliación del demandante al RAIS, teniendo en cuenta la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre las que se encuentran las sentencias SL 1989 del 09 de septiembre de 2008, SL 3383 del 22 de noviembre de 2012, SL 12136 de 2014, SL 17595 del 18 de octubre de 2017, SL 19447 de 2017, SL1452 de 2019, y SL1688 del 08 de mayo de 2019, el problema jurídico se centrará en determinar si se debe o no declarar ineficaz del traslado de régimen del accionante.

Consideró, que Porvenir S.A. no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen, carga que le correspondía a esta entidad y no al demandante tal como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues no obra en el plenario prueba alguna que acredite que se le haya informado acerca de los beneficios de trasladarse de régimen ni tampoco de sus desventajas y la única prueba con la que cuenta el fondo, y con la que pretende demostrar el cumplimiento del deber de información, es el formulario de afiliación, que tiene formas previamente establecidas para todos los casos y con el que no es posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría que en su momento dio el respectivo asesor, por lo que en manera alguna puede tenerse como prueba del consentimiento informado que debía manifestar al demandante en el traslado de régimen pensional.

Frente al documento que obra a folio 122 del expediente, en el que, tal y como lo manifiesta Porvenir S.A., se pretendía comunicar al accionante que estaba a escasos días de entrar en la prohibición prevista por la Ley 100 de 1993, por cuanto estaba escasos días de estar dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad, es efectivamente clara la información, y muy seguramente, de haber recibido el demandante esa comunicación la misma hubiera sido una prueba de que le había dado la información, sin embargo, esa comunicación no tiene fecha, lo que denota el desorden administrativo de Porvenir S.A., ya que la que sí tiene fecha es la comunicación enviada el 13 de abril de 2005, en donde la entidad le comunica al accionante que la información está actualizada y se le envía a la Diagonal 3 Manzana J Casa 1 de Mosquera, lo que significa que el demandante comunicó en debida forma su cambio de domicilio y que Porvenir actualizó los datos, lo que significa que de ahí en adelante todas las comunicaciones debían ser remitidas a Mosquera y no a la Calle 80 porque esa no era su dirección de domicilio.

Expuso que la línea jurisprudencial frente al deber de las administradoras en cuanto a la carga probatoria de estas frente al afiliado lego que solicita el traslado y la obligación de que exista un consentimiento informado para tomar la decisión libre y voluntaria para tomar la decisión de trasladarse al RAIS no sufre variaciones cuando se trata de afiliados que no

son beneficiarios del régimen de transición, como es el presente caso, ya que el deber información se predica ante la validez del acto jurídico de traslado considerado en sí mismo.

Así las cosas, indicó que Porvenir S.A. incumplió en su deber de proporcionar una información clara y completa al demandante, la cual influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional y de permanecer en este, por lo que además incumplieron sus deberes de buen consejo y asesoría y vulneraron los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales.

4. APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Adujo que, se dio por demostrado, sin estarlo, que Porvenir S.A. no asesoró al demandante solo porque no obran documentales referentes a la asesoría, así mismo, se indica que la entidad incumplió de manera notoria y vulneró el principio de transparencia, sin embargo, la asesoría se dio conforme lo establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y queda en el formulario de afiliación dicha asesoría, siendo este, según la ley el documento idóneo.

Expuso que se presentó una falta de valoración de las pruebas documentales obrantes en el proceso y se tiene tajante la falta de asesoría por parte de Porvenir S.A., solo por no existir documentales adicionales, que han ido surgiendo con sentencias posteriores a la vinculación que hizo el demandante en el año 1999.

Indicó que, no se tuvo en cuenta los aportes voluntarios que el hizo el demandante, que cuando este se vincula registra una dirección y que cuando se vincula a aportes voluntarios indica como tal la Calle 80#68-44, dirección a la cual Porvenir S.A. le dio a conocer al demandante la oportunidad de trasladarse, además de observarse que varias cartas no fueron discutidas por el demandante, cartas que fueron enviadas y por él recibidas, ya que no hay alegación de que no fueron recibidas.

Mencionó que, esa carta que tiene el despacho como sin fecha y que por tanto el demandante después del 2005 vivía en otra dirección, sin embargo, al revisar la legitimidad de estos documentos se observa que en el formulario de afiliación el demandante deja esa dirección y entre la entidad y el señor Rivera Jaimes existió constante comunicación, como se observa en las cartas allegadas del año 2001 donde el actor le radica solicitudes a Porvenir, solicita historias laborales y estos documentos no fueron desechados por el despacho, la única carta que desechó fue aquella donde la entidad le informa al demandante sobre su oportunidad de trasladarse y ello porque no tiene fecha, pero esa información es legal y cierta, tal es así que Porvenir una vez el demandante hace la actualización de información, esta es registrada y desde

el 2005 Porvenir empieza a enviar la información a la nueva dirección, por lo no entiende porque ese documento no se tuvo en cuenta.

Refirió que en el proceso no se observa que Porvenir S.A. haya engañado al demandante, que no se le haya dado la información, por lo que considera que se está faltando a la seguridad jurídica que es uno de los principios fundamentales con el que debe operar el sistema de justicia, y aquí se castiga fuertemente a esta entidad a demostrar una asesoría cuando al momento de la vinculación no existía la obligación de dejar documental alguna, y, si bien la jurisprudencia, con posterioridad ha tenido unos criterios, pero también ha dicho que debe estudiarse el caso específico, máxime cuando hay pruebas de una constante comunicación entre el demandante y Porvenir, especialmente cuando en comunicaciones el mismo afiliado indica que necesita la certificación de aportes voluntarios para la Dian, es decir que el demandante conocía claramente de estas condiciones, siendo claro que el accionante conoce que al alegar un desconocimiento total va a obtener una nulidad, incluso el demandante llegó a desistir de los testimonios que había solicitado en su demanda, con lo que parece que fuera seguro, con las solas manifestaciones por él realizadas sobre la falta de información para obtener un traslado, a sabiendas de que se han cubierto sus riesgos de invalidez pensión y muerte y ha mantenido constante comunicación con Porvenir.

Concluyó diciendo que cuando se alega ese vicio de fondo, siempre las personas tenemos unas obligaciones y deberes y el demandante jamás lo hizo, además o dejemos de lado sobre el principio que la ignorancia no exime de culpa y aquí lo que se pretende es simplemente la aplicación de esta jurisprudencia accediendo a las solicitudes del demandante sin prueba alguna cuando alega que fue engañado o que se le prometió una pensión superior.

COLPENSIONES

Argumentó que con la sentencia de primer grado se desconocen las obligaciones legales contenidas en el Decreto 2241 de 2010, así como la responsabilidad objetiva indicada a esa entidad, la cual debe recibir al demandante en el RPM, sin tener en cuenta el daño que puede causar a Colpensiones la no vinculación del demandante.

Expuso que Colpensiones es ajena a esa afiliación y no puede endilgársele responsabilidad alguna.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 09 de noviembre 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 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 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
-------------------	---	---

Demandante: **HENRY LEÓN RIVERA JAIMES**

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

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 explicita así:

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

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

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

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las

reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

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

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 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."

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.

EL CASO EN CONCRETO:

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 04/11/1981 (fl 97 y 104); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 30/06/1999 a través de la A.F.P PORVENIR S.A (fl 138); **iii)** que los días 16/03/2018 y 02/08/2018 (fl 31 y 41) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

A folio 138 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 30 de junio 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

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

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, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, 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 reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, razón por la cual, el estudio del presente caso no debía realizarse a la luz de los vicios del consentimiento, no siendo dable que la parte demandante probara la existencia de error, fuerza o dolo en la celebración del acto de traslado.

Ahora bien, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., **incluyendo los gastos de administración**, y todos aquellos y estos debidamente indexados, 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 al particular, 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”.

En cuanto al argumento presentado por PORVENIR S.A. en su apelación referente a que el demandante tenía la obligación de asesorarse y que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, esto 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.

En cuanto al argumento presentado por COLPENSIONES en el que indicó que es ajena a la afiliación de la demandante al RAIS y que con su devolución a esa entidad se causa un daño, debe traerse a colación el principio de la relatividad jurídica, el cual, 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 1182-2016² (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 alios 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-

² Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

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.”

Así las cosas, dicho principio no es absoluto, por lo que, si bien Colpensiones 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.

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

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,**

³ *Ibidem.*

Demandante: **HENRY LEÓN RIVERA JAIMES**

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

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 y todos los demás dineros recibidos debidamente indexados, conforme las motivaciones expuestas en la parte motiva de esta decisión, y **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada.

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 (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

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** interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **JORGE ELIECER FRANCO PINEDA** promoviese contra **COLPENSIONES**.

II. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende que se tengan en cuenta el tiempo laborado y la remuneración recibida por el accionante en la Asamblea de Cundinamarca, como Representante a la Cámara y Senador de la República. Como consecuencia de lo anterior, solicita la reliquidación de su pensión.

2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que: **1)** Mediante la Resolución SUB 76691 de 2018, le fue reconocida una pensión de vejez, con una mesada equivalente a un salario mínimo legal; **2)** Colpensiones no tuvo los tiempos laborados en la Asamblea de Cundinamarca, la Cámara de Representantes, y el Senado de la República; y **3)** El 18 de diciembre de 2018 solicitó la reliquidación de su pensión ante Colpensiones, pero fue negada mediante Resolución SUB 50692 de 2019.

3. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

COLPENSIONES (fls. 59 a 65) 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 de I.P.C. ni de indexación de 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 de administradores de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Expuso que no se observa en la historia laboral del demandante que se le hubiera efectuado su afiliación por parte de la Asamblea de Cundinamarca, la Cámara de Representantes y el Senado de la República; y que el demandante se ha negado a suministrar la información respectiva para efectos de lograr la contabilización de semanas y el pago del correspondiente bono pensional.

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 septiembre de 2020**, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió que está acreditado que el demandante fungió como Diputado de la Asamblea de Cundinamarca del 25 al 30 de octubre y del 11 al 30 de noviembre de 1978, del 01 al 30 de noviembre de 1979, del 01 al 30 de noviembre de 1980, y del 23 al 30 de junio de 1981; que desempeñó su función como Representante a la Cámara los siguientes periodos: Para el año 1986 laboró los días 30 y 31 de julio, 12,13,19 y 20 de agosto, y del 04 de noviembre al 01 de diciembre, para el año 1987 laboró del 04 de agosto al 08 de septiembre, y del 09 de noviembre al 01 de diciembre, para 1988 laboró del 01 al 14 de septiembre, y del 01 de noviembre al 01 de diciembre, para el año 1989 laboró del 25 de julio al 30 de agosto; y para el año 2003 laboró del 13 de mayo al 30 de julio; y que desarrolló sus funciones como Senador del 01 de octubre de 1996 al 31 de marzo de 1997, del 09 de agosto de 1997 al 31 de marzo de 1998, y del 01 al 19 de julio de 1998.

Expuso que conforme criterio de vieja data de la Corte Suprema de Justicia, para liquidar la pensión de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 únicamente es dable tener en cuenta tiempos privados; y que no resulta aplicable la sentencia SU-769 de 2014, en la que se establece la posibilidad de sumar tiempos públicos en pensiones con Acuerdo 049 de 1990, por cuanto únicamente resulta posible cuando no se alcanzan las semanas requeridas por esta normatividad con las cotizaciones efectuadas al sector privado; y que si bien la Corte Suprema de Justicia rectificó el criterio señalado, también lo es que la base de dicha providencia es la sentencia SU-769 de 2014.

5. APELACIÓN.

PARTE ACTORA.

Manifestó que el espíritu de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia no es sólo para completar las semanas, pues por el contrario, deben ser tenidos en cuenta los tiempos públicos cotizados con sus respectivos salarios.

6. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la apoderada 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 pensionado, se verificará la sentencia proferida por el juez de primer grado.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior, advierte la Sala que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si el A quo se equivocó al considerar que al amparo del Acuerdo 049 de 1990, no es posible computar los aportes que el demandante efectuó como Diputado de la Asamblea de Cundinamarca, Representante a la Cámara, y Senador de la República, con aquellos que fueron aportados al entonces Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, a efectos de reliquidar la pensión de vejez que disfruta.

RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE VEJEZ.

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:

Demandante: **JORGE ELIECER FRANCO PINEDA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

“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.

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 a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, 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 a la misma fecha, 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**; que además ha sido acogido por la H. Corte Constitucional en sentencia **SU-230 de 2015**.

Sobre el tema puesto a consideración de la Sala, debe decirse que la línea de pensamiento del Órgano de Cierre de esta jurisdicción estuvo asentada por varios años, en el entendido de que no era posible sumar los tiempos públicos no aportados al ISS con las cotizaciones efectivamente efectuadas al régimen de prima media administrado hoy por Colpensiones, a efectos de acceder al reconocimiento de la pensión de vejez consagrada en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

En ese sentido, en la decisión CSJ SL032-2018, reiterada en la CSJ SL1652-2018, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema adoctrino lo siguiente:

“No incurrió el sentenciador de segundo grado en error jurídico frente a las normas denunciadas, al no haber sumado, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, las semanas cotizadas al ISS con tiempos servidos al sector público, toda vez que el fallador simplemente se limitó a acoger la jurisprudencia sostenida actualmente por esta Corporación, según la cual no resulta procedente la contabilización entre aquéllas y éstos, por cuanto dicha normatividad no contempla tal posibilidad de manera expresa y, además, porque lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 solamente concierne a las prestaciones contempladas en el artículo 33 de la Ley del Sistema de Seguridad Social Integral.

No obstante, dicha postura recientemente fue abandonada por el órgano de Cierre de esta Jurisdicción, y a través de un nuevo análisis dispuso el actual criterio que permite computar tiempos públicos con lo cotizado al ISS, para efectos de establecer la causación del derecho pensional con base en el citado artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

El argumento de tal postura se fundamenta, básicamente, en que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 habilitó la posibilidad de proteger a todas aquellas personas que al 1º de abril de 1994 tuvieran una expectativa legítima para pensionarse conforme a un régimen anterior, aplicando de dicha normativa lo que tiene que ver con los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y tasa de reemplazo; pero lo relacionado con la forma de computar las semanas se regula por lo establecido en el literal f) del artículo 13, parágrafo 1º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar

tiempos privados y públicos, así estos últimos no hubiesen sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

Al respecto, la providencia CSJ **SL1947-2020 rad. 70918**, reiterada en la CJ **SL1981-2020**, expuso lo siguiente:

“De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

[...] En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

[...] Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado *ius cogens* (Subrayado fuera del texto)”.

Sumatoria de tiempos que también procede a efectos de obtener la **reliquidación** de la pensión de vejez, tal como se dejó expuesto en la decisión CSJ SL2557-2020 rad. 72425, en la cual se expresó:

“Conforme lo anterior, conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la actora a otras cajas de previsión del sector público a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en dicho reglamento.

De modo que tal criterio jurisprudencial también es aplicable al asunto en controversia, esto es, a la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.

En igual sentido, en la sentencia SL2061-2021 reiteró que:

“Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens (...).

Conforme lo anterior, conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la actora a otras cajas de previsión del sector público a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en dicho reglamento.

De modo que tal criterio jurisprudencial también es aplicable al asunto en controversia, esto es, a la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.

Así las cosas, la recurrente tiene la razón en cuanto afirma que tiene derecho a la reliquidación reclamada porque el régimen pensional previsto en el Acuerdo 049 de 1990 es más favorable que aquel con el que la entidad de seguridad social accionada reconoció la pensión”. (Negrillas por la Sala).

DEL CASO CONCRETO.

DE LO PROBADO EN EL PROCESO.

- i) Jorge Eliecer Franco Pineda nació el 11 de julio de 1948, tal y como da cuenta la cédula de ciudadanía obrante a folio 44.
- ii) El actor laboró como Diputado en la Asamblea Departamental de Cundinamarca del 25 al 30 de octubre y del 11 al 30 de noviembre de 1978, del 01 al 30 de noviembre de 1979, del 01 al 30 de noviembre de 1980, y del 23 al 30 de junio de 1981, esto es, **13,43 semanas**, según certificados CLEBP obrantes a folios 15 a 20.
- iii) El actor desempeñó su función como Representante a la Cámara en los siguientes periodos: Para el año 1986, laboró los días 30 y 31 de julio, 12,13,19 y 20 de agosto, y del 04 de noviembre al 01

de diciembre; para el año 1987 laboró del 04 de agosto al 08 de septiembre, y del 09 de noviembre al 01 de diciembre; para 1988 laboró del 01 al 14 de septiembre, y del 01 de noviembre al 01 de diciembre; para el año 1989 laboró del 25 de julio al 30 de agosto; y para el año 2003 laboró del 13 de mayo al 30 de julio; esto es, **36,14 semanas** según formatos CLEBP obrantes a folios 23 a 26.

- iv) El actor desarrolló sus funciones como Senador de la República del 01 de octubre de 1996 al 31 de marzo de 1997, del 09 de agosto de 1997 al 31 de marzo de 1998, y del 01 al 19 de julio de 1998, esto es, **61,57 semanas** según formato CLEBP visible a folio 33.
- v) El actor cotizó **623,43 semanas** en el Instituto de Seguros Sociales, según historia laboral obrante en el medio óptico de folio 70.
- vi) Mediante la Resolución SUB 76691 de 2018 le fue reconocida pensión de vejez de conformidad con el régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 26 de enero de 2014. No obstante, únicamente se tuvieron en cuenta los tiempos privados cotizados a Colpensiones (fls. 9 a 12).
- vii) El 18 de diciembre de 2018 el actor solicitó la reliquidación de su pensión para que se tuviera en cuenta la totalidad de los tiempos laborados en la Asamblea de Cundinamarca, en la Cámara de Representantes y en el Senado de la República; petición que fue negada mediante Resolución SUB 50592 de 2019 (fls. 36 a 42).

En el caso objeto de estudio, encontramos que la pensión de vejez del actor fue reconocida de conformidad con el régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990, no obstante sin embargo, la parte demandante aspira a la reliquidación de la prestación en aplicación del **Acuerdo 049 de 1990**, y la posibilidad de sumar tiempos públicos y privados.

Pues bien. En el análisis se encuentra que al actor le faltaban más de diez años para pensionarse a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, puesto que la edad pensional la cumplió el 11 de julio de 2008, dado que nació el mismo día y mes de 1948. Así, la Sala se remite al artículo 12 de dicha normatividad, según el cual, para acceder a la pensión de vejez, el afiliado hombre debía acreditar: i) sesenta (60) o más años de edad y ii) 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.

Visto los anteriores antecedentes, y visto cómo se tiene, que resulta posible la reliquidación de la pensión, bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta todos los períodos y tiempos de servicios cotizados o no a otras cajas de previsión, la pensión se debió liquidar de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de lo que devengó en los últimos diez años de cotización o el de toda la vida laboral, siempre y cuando alcanzara más de 1250 semanas; último requisito que no acreditó pues con la inclusión de los tiempos públicos a los que se aspira con la presente demanda, únicamente alcanza **664,43 semanas** así: **13,43** semanas en la Asamblea de Cundinamarca, **27,57** semanas en la Cámara de Representantes, sumadas a las **623,43** semanas en Colpensiones).

Frente al punto, es necesario precisar que no se tuvieron en cuenta los tiempos laborados en la Cámara de Representantes del 01 de junio al 30 de julio de 2003, como quiera que se ya encuentran incluidos en la historia laboral de Colpensiones. Igualmente, no se contabilizaron los tiempos laborados en el Senado de la República, ya que en los mismos el demandante cotizó como independiente, recuérdese que ante la existencia de **tiempos simultáneos** sólo es dable tenerla en cuenta para efectos del cálculo del ingreso base de liquidación, más no para sumar aportes, tal y como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 05 de junio de 2012, Rad. 42299, reiterada en la SL2128-2020.

“(…) en los eventos de servicios prestados por el asegurado en forma simultánea a varios empleadores, los diferentes aportes se tienen en cuenta únicamente “para establecer el promedio del salario de base correspondiente, para efectos del pago de las prestaciones económicas, sin que sobrepase el salario base máximo asegurable al momento de causarse el derecho” conforme lo dispone el artículo 81 del Acuerdo 044 de 1989 aprobado por el Decreto 3063 del mismo año, es decir, incrementa el ingreso base de cotización más no aumenta el tiempo de cotización o semanas aportadas”..

En igual sentido, es pertinente aclarar que no es dable sumar los tiempos como Diputado, Representante a la Cámara, y Senador por un año completo, toda vez que el artículo 3° de la Ley 5 de 1969 es clara en establecer que quienes en ejercicio de tales cargos no asisten a todas las sesiones ordinarias o extraordinarias de la legislatura, se hará el cómputo en proporción al tiempo de servicio:

“Artículo 3°. Para los efectos del artículo 29 de la Ley 6a. de 1945, los lapsos o periodos de tiempo en que se hayan devengado asignaciones por servicios prestados a la Nación, en ejercicio del cargo de Senador, Representante o Diputado a la Asamblea Nacional Constituyente, o a los Departamentos en el de Diputado a la Asamblea se acumularán a los lapsos de servicio oficial o semioficial. Para efectos de la jubilación precedente las sesiones ordinarias o extraordinarias de esas corporaciones en cada legislatura anual se computarán en materia de tiempo y de asignaciones como si el Congresista o Diputado hubiese servido los doce meses del respectivo año del calendario y hubiese percibido durante cada uno de dichos doce meses idénticas asignaciones mensuales a las devengadas en el tiempo de sesiones.

Si los miembros de las mencionadas Corporaciones no hubiesen asistido a todas las sesiones ordinarias o extraordinarias de la legislatura, se hará el cómputo en proporción al tiempo de servicio.

Parágrafo 1°. Si las corporaciones públicas no se hubiesen reunido por cualquier causa, se aplicará el presente artículo para los efectos de tiempo y asignaciones como si dichas corporaciones hubiesen estado reunidas.

Parágrafo 2°. Estas reglas se aplicarán cualquiera que fuere la época en que se hayan prestado estos servicios a la Nación o a los Departamentos.”
(Subrayado y Negrillas por la Sala)

El anterior criterio, ha sido resguardado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia **SL15248-2017**, en los siguientes términos:

“Con todo, si se estudiara de fondo el recurso extraordinario, las pretensiones del censor no estarían llamadas a prosperar, pues, teniendo en cuenta que el causante nació el 12 de octubre de 1925, era beneficiario del régimen de transición pensional, que realizó su última cotización el 30 de diciembre de 1996, de las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, como son la resolución emitida por FONPRECON y por la demandada, donde se encuentra consignada la totalidad de los tiempos servidos por el causante y sobre las cuales existe discrepancia, en lo que respecta a los etapas en el Congreso de la República, en calidad de Senador y de Representante a la Cámara, y del contenido del artículo 9 de la ley 48 de 1962 en la cual se establece que:

Para los efectos de la jubilación precedente, los periodos de sesiones ordinarias o extraordinarias del Congreso y de las Asambleas en cada legislatura anual se equipararán a los doce (12) meses de un año de

calendario, o, proporcionalmente, al tiempo servido en el Congreso o Asamblea en la respectiva legislatura.

Es decir, que en caso de no asistir a todas las sesiones del periodo legislativo se le tendrá en cuenta el tiempo en proporción a la asistencia para el cómputo para pensión, precepto legal que fue reiterado por el artículo 3 de la Ley 5ª de 1969”. (Negrillas por la Sala).

Así las cosas, se procede a verificar si con la inclusión de los nuevos tiempos le resulta más favorable la pensión al accionante, resaltándose que únicamente es dable tomar el promedio de lo devengado dentro de los últimos diez años cotizados, como se asentó con anterioridad, y que en los tiempos que se sobrepasaba el tope máximo legal (25 salarios mínimos), se tomó este como salario mensual. Efectuadas las operaciones aritméticas se tiene lo siguiente:

				Año 1993			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/04/93	30/04/93	17	89.070,00	2.969,00	\$ 50.473,00		
01/05/93	31/05/93	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
01/06/93	30/06/93	30	89.070,00	2.969,00	\$ 89.070,00		
01/07/93	31/07/93	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
01/08/93	31/08/93	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
01/09/93	30/09/93	30	89.070,00	2.969,00	\$ 89.070,00		
01/10/93	31/10/93	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
01/11/93	30/11/93	30	79.290,00	2.643,00	\$ 79.290,00		
01/12/93	31/12/93	31	79.290,00	2.643,00	\$ 81.933,00		
Total días		262			\$ 757.992,00	\$ 2.893,10	\$ 86.792,98
				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	98.700,00	3.290,00	\$ 101.990,00		
01/02/94	28/02/94	28	98.700,00	3.290,00	\$ 92.120,00		
01/03/94	31/03/94	31	98.700,00	3.290,00	\$ 101.990,00		
01/04/94	30/04/94	30	98.700,00	3.290,00	\$ 98.700,00		
01/05/94	31/05/94	31	98.700,00	3.290,00	\$ 101.990,00		
01/06/94	30/06/94	30	98.700,00	3.290,00	\$ 98.700,00		
01/07/94	31/07/94	31	98.700,00	3.290,00	\$ 101.990,00		
01/08/94	31/08/94	31	98.700,00	3.290,00	\$ 101.990,00		
01/09/94	30/09/94	30	98.700,00	3.290,00	\$ 98.700,00		
01/10/94	31/10/94	31	98.700,00	3.290,00	\$ 101.990,00		
01/11/94	30/11/94	30	98.700,00	3.290,00	\$ 98.700,00		
01/12/94	31/12/94	31	98.700,00	3.290,00	\$ 101.990,00		
Total días		365			\$ 1.200.850,00	\$ 3.290,00	\$ 98.700,00
				Año 1995			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/95	31/01/95	30	118.933,00	3.964,43	\$ 118.933,00		

Demandante: **JORGE ELIECER FRANCO PINEDA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

01/02/95	28/02/95	30	118.933,00	3.964,43	\$ 118.933,00		
01/03/95	31/03/95	30	118.933,00	3.964,43	\$ 118.933,00		
01/04/95	30/04/95	30	118.933,00	3.964,43	\$ 118.933,00		
01/05/95	31/05/95	30	118.933,00	3.964,43	\$ 118.933,00		
01/06/95	30/06/95	30	118.933,00	3.964,43	\$ 118.933,00		
01/07/95	31/07/95	30	118.933,00	3.964,43	\$ 118.933,00		
01/08/95	31/08/95	30	118.933,00	3.964,43	\$ 118.933,00		
01/09/95	31/08/95	30	118.933,00	3.964,43	\$ 118.933,00		
01/10/95	30/09/95	30	118.933,00	3.964,43	\$ 118.933,00		
01/11/95	31/10/95	30	118.933,00	3.964,43	\$ 118.933,00		
01/12/95	30/11/95	30	118.933,00	3.964,43	\$ 118.933,00		
Total días		360			\$ 1.427.196,00	\$ 3.964,43	\$ 118.933,00
				Año 1996			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/96	31/01/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/02/96	29/02/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/03/96	31/03/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/04/96	30/04/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/05/96	31/05/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/06/96	30/06/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/07/96	31/07/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/08/96	31/08/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/09/96	30/09/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/10/96	31/10/96	30	2.842.500,00	94.750,00	\$ 2.842.500,00		
01/11/96	30/11/96	30	2.842.500,00	94.750,00	\$ 2.842.500,00		
01/12/96	31/12/96	30	2.842.500,00	94.750,00	\$ 2.842.500,00		
Total días		360			\$ 9.806.625,00	\$ 27.240,63	\$ 817.218,75
				Año 1997			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/97	31/01/97	30	3.440.100,00	114.670,00	\$ 3.440.100,00		
01/02/97	28/02/97	30	3.440.100,00	114.670,00	\$ 3.440.100,00		
01/03/97	31/03/97	30	3.440.100,00	114.670,00	\$ 3.440.100,00		
01/04/97	30/04/97	30	172.000,00	5.733,33	\$ 172.000,00		
01/05/97	31/05/97	30	172.000,00	5.733,33	\$ 172.000,00		
01/06/97	30/06/97	30	2.203.557,00	73.451,90	\$ 2.203.557,00		
01/07/97	31/07/97	30	172.000,00	5.733,33	\$ 172.000,00		
01/08/97	31/08/97	30	3.440.100,00	114.670,00	\$ 3.440.100,00		
01/09/97	30/09/97	30	3.440.100,00	114.670,00	\$ 3.440.100,00		
01/10/97	31/10/97	30	3.440.100,00	114.670,00	\$ 3.440.100,00		
01/11/97	30/11/97	30	3.440.100,00	114.670,00	\$ 3.440.100,00		
01/12/97	31/12/97	30	3.440.100,00	114.670,00	\$ 3.440.100,00		
Total días		360			\$ 30.240.357,00	\$ 84.000,99	\$ 2.520.029,75
				Año 1998			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/98	31/01/98	30	4.076.520,00	135.884,00	\$ 4.076.520,00		
01/02/98	28/02/98	30	4.076.520,00	135.884,00	\$ 4.076.520,00		
01/03/98	31/03/98	30	4.076.520,00	135.884,00	\$ 4.076.520,00		
01/04/98	30/04/98	30	204.000,00	6.800,00	\$ 204.000,00		
01/05/98	31/05/98	30	204.000,00	6.800,00	\$ 204.000,00		
01/06/98	30/06/98	30	204.000,00	6.800,00	\$ 204.000,00		

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2019-00590 -01
Demandante: **JORGE ELIECER FRANCO PINEDA.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

01/07/98	31/07/98	30	4.076.520,00	135.884,00	\$ 4.076.520,00		
01/08/98	31/08/98	30	204.000,00	6.800,00	\$ 204.000,00		
01/09/98	30/09/98	30	204.000,00	6.800,00	\$ 204.000,00		
01/10/98	31/10/98	30	204.000,00	6.800,00	\$ 204.000,00		
01/11/98	30/11/98	30	204.000,00	6.800,00	\$ 204.000,00		
01/12/98	31/12/98	30	204.000,00	6.800,00	\$ 204.000,00		
Total días		360			\$ 17.938.080,00	\$ 49.828,00	\$ 1.494.840,00
				Año 1999			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/99	31/01/99	30	237.000,00	7.900,00	\$ 237.000,00		
01/02/99	28/02/99	30	237.000,00	7.900,00	\$ 237.000,00		
01/03/99	31/03/99	30	237.000,00	7.900,00	\$ 237.000,00		
01/04/99	30/04/99	30	237.000,00	7.900,00	\$ 237.000,00		
01/05/99	31/05/99	30	237.000,00	7.900,00	\$ 237.000,00		
01/06/99	30/06/99	30	237.000,00	7.900,00	\$ 237.000,00		
01/07/99	31/07/99	30	237.000,00	7.900,00	\$ 237.000,00		
01/08/99	31/08/99	30	237.000,00	7.900,00	\$ 237.000,00		
01/09/99	30/09/99	30	237.000,00	7.900,00	\$ 237.000,00		
01/10/99	31/10/99	30	237.000,00	7.900,00	\$ 237.000,00		
01/11/99	30/11/99	30	237.000,00	7.900,00	\$ 237.000,00		
01/12/99	31/12/99	30	237.000,00	7.900,00	\$ 237.000,00		
Total días		360			\$ 2.844.000,00	\$ 7.900,00	\$ 237.000,00
				Año 2000			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/00	31/01/00	30	237.000,00	7.900,00	\$ 237.000,00		
01/02/00	29/02/00	30	260.100,00	8.670,00	\$ 260.100,00		
01/03/00	31/03/00	30	260.100,00	8.670,00	\$ 260.100,00		
01/04/00	30/04/00	30	260.100,00	8.670,00	\$ 260.100,00		
01/05/00	31/05/00	30	260.100,00	8.670,00	\$ 260.100,00		
01/06/00	30/06/00	30	260.100,00	8.670,00	\$ 260.100,00		
01/07/00	31/07/00	30	260.100,00	8.670,00	\$ 260.100,00		
01/08/00	31/08/00	30	260.100,00	8.670,00	\$ 260.100,00		
01/09/00	30/09/00	30	260.100,00	8.670,00	\$ 260.100,00		
01/10/00	31/10/00	30	260.100,00	8.670,00	\$ 260.100,00		
01/11/00	30/11/00	30	260.100,00	8.670,00	\$ 260.100,00		
01/12/00	31/12/00	30	260.100,00	8.670,00	\$ 260.100,00		
Total días		360			\$ 3.098.100,00	\$ 8.605,83	\$ 258.175,00
				Año 2001			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/01	31/01/01	30	260.100,00	8.670,00	\$ 260.100,00		
01/02/01	28/02/01	30	286.000,00	9.533,33	\$ 286.000,00		
01/03/01	31/03/01	30	286.000,00	9.533,33	\$ 286.000,00		
01/04/01	30/04/01	30	286.000,00	9.533,33	\$ 286.000,00		
01/05/01	31/05/01	30	286.000,00	9.533,33	\$ 286.000,00		
01/06/01	30/06/01	30	286.000,00	9.533,33	\$ 286.000,00		
01/07/01	31/07/01	30	286.000,00	9.533,33	\$ 286.000,00		
01/08/01	31/08/01	30	286.000,00	9.533,33	\$ 286.000,00		
01/09/01	30/09/01	30	572.000,00	19.066,67	\$ 572.000,00		
01/10/01	31/10/01	30	572.000,00	19.066,67	\$ 572.000,00		
01/11/01	30/11/01	30	572.000,00	19.066,67	\$ 572.000,00		

Demandante: **JORGE ELIECER FRANCO PINEDA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

01/12/01	31/12/01	30	572.000,00	19.066,67	\$ 572.000,00		
Total días		360			\$ 4.550.100,00	\$ 12.639,17	\$ 379.175,00
				Año 2002			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/02	31/01/02	15	286.000,00	9.533,33	\$ 143.000,00		
01/02/02	28/02/02	30	309.000,00	10.300,00	\$ 309.000,00		
01/03/02	31/03/02	15	618.000,00	20.600,00	\$ 309.000,00		
01/04/02	30/04/02	15	618.000,00	20.600,00	\$ 309.000,00		
01/05/02	31/05/02	30	572.000,00	19.066,67	\$ 572.000,00		
01/06/02	30/06/02	15	618.000,00	20.600,00	\$ 309.000,00		
01/08/02	31/08/02	15	572.000,00	19.066,67	\$ 286.000,00		
01/09/02	30/09/02	30	618.000,00	20.600,00	\$ 618.000,00		
01/10/02	31/10/02	30	618.000,00	20.600,00	\$ 618.000,00		
01/11/02	30/11/02	30	618.000,00	20.600,00	\$ 618.000,00		
01/12/02	31/12/02	30	618.000,00	20.600,00	\$ 618.000,00		
Total días		255			\$ 4.709.000,00	\$ 18.466,67	\$ 554.000,00
				Año 2003			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/03	31/01/03	30	309.000,00	10.300,00	\$ 309.000,00		
01/02/03	28/02/03	30	332.000,00	11.066,67	\$ 332.000,00		
01/04/03	30/04/03	30	332.000,00	11.066,67	\$ 332.000,00		
01/05/03	31/05/03	18	7.019.922,00	233.997,40	\$ 4.211.953,20		
01/06/03	30/06/03	30	8.300.000,00	276.666,67	\$ 8.300.000,00		
01/07/03	31/07/03	30	8.300.000,00	276.666,67	\$ 8.300.000,00		
01/08/03	31/08/03	30	332.000,00	11.066,67	\$ 332.000,00		
Total días		198			\$ 22.116.953,20	\$ 111.701,78	\$ 3.351.053,52
AÑO	Nº. Días	IPC inicial (A)	IPC final (B)	B/A	Sueldo promedio mensual (K)	B/A * K	Salario anual
1993	262	17,39507	113,98254	6,55	\$ 86.792,98	\$ 568.717,69	\$ 4.966.801,14
1994	365	21,32774	113,98254	5,34	\$ 98.700,00	\$ 527.485,65	\$ 6.417.742,02
1995	360	26,14692	113,98254	4,36	\$ 118.933,00	\$ 518.465,86	\$ 6.221.590,35
1996	360	31,23709	113,98254	3,65	\$ 817.218,75	\$ 2.981.989,32	\$ 35.783.871,88
1997	360	37,99651	113,98254	3,00	\$ 2.520.029,75	\$ 7.559.625,85	\$ 90.715.507,85
1998	360	44,71589	113,98254	2,55	\$ 1.494.840,00	\$ 3.810.405,21	\$ 45.724.862,48
1999	360	52,18481	113,98254	2,18	\$ 237.000,00	\$ 517.657,57	\$ 6.211.890,85
2000	360	57,00236	113,98254	2,00	\$ 258.175,00	\$ 516.249,54	\$ 6.194.994,51
2001	360	61,98903	113,98254	1,84	\$ 379.175,00	\$ 697.209,32	\$ 8.366.511,87
2002	255	66,72893	113,98254	1,71	\$ 554.000,00	\$ 946.311,10	\$ 8.043.644,35
2003	198	71,39513	113,98254	1,60	\$ 3.351.053,52	\$ 5.349.967,03	\$ 35.309.782,37
	3600	IB.L 2014					\$ 253.957.199,67
							\$ 2.116.310,00
Pensión				Tasa de reemplazo	54,00%		\$ 1.142.807,40

De esta manera, encontramos que el valor de la mesada pensional reconocida al actor por parte de Colpensiones mediante la Resolución SUB 76691 de 2018, por valor de **\$616.000** al 26 de enero de 2014, es inferior a la resultante en esta instancia, esto es, **\$1'142.807,40**, por lo que resultaría procedente la reliquidación de la prestación.

No obstante, se hace necesario precisar que si bien el actor resulta por los tiempos laborados como Diputado, Representante a la Cámara, y Senador podría ser beneficiario de una reliquidación pensional, lo cierto es que sólo cuando Colpensiones reciba y esté en su poder la totalidad del capital y/o dinero proveniente del correspondiente fondo público donde se encuentran los aportes laborados como Diputado, Representante a la Cámara, y Senador por el actor, podrá ésta reconocer el reajuste aquí pretendido.

Por lo expuesto, se **REVOCARÁ** la sentencia, para en su lugar dispondrá que se **CONDENA** a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez de JORGE ELIECER FRANCO PINEDA, a partir del momento en que reciba o tenga en su poder la totalidad del capital y/o dinero proveniente del correspondiente fondo público, teniendo como referente que a 2014 la mesada pensional hubiere correspondido a la suma de **\$1'142.807,40.**

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 al quedar supeditada la condena por concepto de reliquidación al ingreso del capital y/o dinero proveniente del correspondiente fondo público, aún no se ha causado diferencia de ningún tipo, por lo que, resulta claro que no ha operado el fenómeno en estudio.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en ambas instancias a cargo de 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 **CONDENAR** a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez de JORGE ELIECER FRANCO PINEDA, a partir del momento en que reciba o tenga en su poder la totalidad del capital y/o dinero proveniente del correspondiente fondo público, teniendo como referente que a 2014 la mesada pensional hubiere correspondido a la suma de \$1'142.807,40.

SEGUNDO. - Costas en ambas instancias 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
Salvo Voto!

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2019-00590 -01

Demandante: **JORGE ELIECER FRANCO PINEDA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

AUTO

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



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO