República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARÍA STELLA TIMOTE ACOSTA contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 028 2017 00144 01

Bogotá D. C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por el memorialista en el escrito allegado al plenario, se **RECONOCE** a la Dra. **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES,** identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 de Puente Nacional y Tarjeta Profesional 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demandada COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

En atención al auto precedente, que ordenó la remisión del expediente a este despacho, dado que la ponencia inicial no fue acogida por la mayoría de los magistrados integrantes de la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se procede a resolver el recurso de apelación presentado por PORVENIR S.A. y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de noviembre de 2018.

Por otra parte, se advierte que la apoderada de la parte demandada COLPENSIONES, presentó escrito de alegaciones, insistiendo en la improcedencia de la nulidad de traslado, bajo el argumento que no se logró

observar vicio alguno en el consentimiento de la afiliada para la calenda de cambio de régimen pensional, que por el contrario se acreditó que el traslado se efectuó de manera libre y voluntaria, además de estar precedido de información clara y precisa.

Por lo anterior se procede a decidir de fondo la siguiente sentencia:

I. ANTECEDENTES

La señora MARIA TIMOTE ACOSTA, pretende se deje sin efectos el traslado efectuado a PORVENIR S.A., y como consecuencia de ello, se ordene a esta entidad a entregar al Ministerio de Hacienda, en su calidad de girador, el bono pensional, así como a retornar a COLPENSIONES todas cotizaciones, junto con los rendimientos y demás sumas. Sustento sus pretensiones en que se afilió al sistema general en pensiones el 1 de septiembre de 1990, que para la calenda en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, se encontraba vinculada a CAJANAL, que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual en marzo de 2001, administrado por PORVENIR S.A., entidad que con engaños y ocultándole la verdad acerca de los privilegios que perdería ante el cambio de régimen pensional, la convenció para que suscribiera la afiliación.

Como fundamento normativo, citó el artículo 1, 2, 13, 23, 29, 53, 90, 208, 209, 228 y 229 de la Constitución Política, Decreto 546 de 1971 y Ley 100 de 1993

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece de folios 66 a 69 del plenario, donde se opone a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, en que la actora se encuentra válidamente afiliada al RAIS, ya que no probó vicio alguno en el consentimiento para el momento de la vinculación. Sumado a que se está inmersa en la prohibición legal establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, para retornar al Régimen de Prima Media, en cualquier momento. Propuso las excepciones de

164

prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

Por su parte, PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda como se observa a folios 35-44, mediante la cual se opone a las pretensiones incoadas en el escrito de demanda, manifestando que cumplió con el deber de información, como quiera que le proporcionó a la demandante una asesoría completa, clara y suficiente, indicándole los regímenes pensionales existentes, características, diferencias para adquirir el derecho pensional entre uno y otro régimen, implicaciones del cambio, bonos pensionales y beneficios del RAIS. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa e innominada.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de noviembre de 2018, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"1. **DECLARAR** ineficaz el traslado efectuado por la demandante MARÍA STELLA TIMOTE ACOSTA a la demandada PORVENIR S.A., de conformidad con las razones expuestas.*
>
> ***2. CONDENAR** a la demanda PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes que la demandante tenga en su cuenta de Ahorro Individual, esto es, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y comisiones cobradas con todos los frutos e intereses legales, por las razones expuestas.*
>
> ***3. ORDENAR a COLPENSIONES** a aceptar el traslado de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.*
>
> ***4. CONDENAR EN COSTAS a PORVENIR** y en favor de la parte actora, los cuales serán tasadas por Secretaría una vez ejecutoriada la presente providencia.*
>
> ***5- DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.*
>
> *6. De no ser apelada la presente decisión, consúltese con el Superior*

Como fundamento de su decisión, el A-quo argumento que de conformidad con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral del Corte suprema de Justicia, trayendo a colación la sentencia con radicado 31989 de 2008, le correspondía a los Fondos de Pensiones demostrar que previo al traslado cumplió con el deber de información, pero que en el presente caso, ninguna prueba dio certeza de esta situación, por lo que había lugar a declarar la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante, al RAIS.

IV. RECURSO DE APELACION PORVENIR S.A.

PORVENIR S.A., luego de solicitar la revocatoria de la sentencia de primera instancia, adujo que no tuvo en cuenta la prohibición legal prevista en la Ley 100 de 1993, para que la demandante se pudiera trasladar de régimen en cualquier tiempo, más cuando para el 1 de abril de 1994, no contaba con 750 semanas de cotización. Igualmente manifestó que la afiliada no probó la configuración del algún vicio en el consentimiento para la calenda en que efectuó su vinculación. Preciso, que las situaciones fácticas reseñadas en el precedente jurisprudencial citado por el A-quo, son totalmente distintas a las de la demandante, pues en el caso de ella no hubo engaño, como sí ocurrió en el caso conocido por el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral. Aseguró que invertir la carga de la prueba e imponérsela a las entidades administradoras de pensiones viola el derecho de defensa y debido proceso. Finalmente señalo que la accionante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, y que no hay lugar a realizar devoluciones de aportes, ni comisiones o rendimientos, toda vez que la afiliación se realizó respetando el derecho a la libre escogencia previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por el contrario considera que existió negligencia por parte de la asegurada, quien no uso de su derecho de traslado en los términos establecidos en la ley y permaneció afiliada a un régimen por más de 16 años.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66ª y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la nulidad de la afiliación de la demandante del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y si en caso de prosperar resultan

165

atendibles la solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES S.A. y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso e indicando las razones que sustentan el distanciamiento de los mismos.

Para el efecto se expone lo siguiente:

NATURALEZA DEL ACTO JURIDICO DE AFILIACION, OBJETIVOS Y EFECTOS.

El acto jurídico de afiliación al sistema general de pensiones nace de la ley, que impone al trabajador dependiente e independiente vincularse al régimen pensional que libremente escoja, con el objeto de atender la forma en que se financiara su pensión de vejez, en las condiciones previamente establecidas por el legislador, a las que se somete el afiliado según el régimen elegido.

El acto de afiliación es en consecuencia, un acto condición, libre y voluntario, sometido a las normas previamente establecidas por el legislador y a los cambios que se introduzcan a partir de la expedición de nuevas leyes, sin la posibilidad de negociarlas, ni al momento de la afiliación ni cuando se producen los cambios, razón por la que se descarta la naturaleza contractual que algunos le asignan.

Debe resaltarse, que la escogencia del régimen pensional no tiene relación alguna con la determinación del valor de la mesada pensional, ni puede pretenderse anticipar o especular valor alguno de la misma, pues lo que se determina con la escogencia de un régimen, es la forma como se acumularan los recursos para la financiación de la prestación.

El Estado Colombiano en el año de 1993, con el objeto de solucionar el problema de sostenibilidad financiera del sistema pensional, creó un particular modelo, en el que coexisten compiten y son excluyentes dos regímenes pensionales denominados de ahorro individual con solidaridad y el solidario de prima media con prestación definida; cuya diferencia en el modelo de financiación puede resumirse en que, en el primero es el capital

acumulado en la cuenta individual del afiliado el que cubrirá el pago de la pensión; mientras el segundo la pagará con los dineros acumulados en un fondo común de naturaleza pública a partir de un modelo simple de reparto, que implica que el valor de las cotizaciones de los afiliados, cubren el pago de las mesadas pensionales.

Para sustentar lo antes afirmado, es pertinente remitirse a lo consignado en la C-086 de 2002, en la que, en referencia al tema de la afiliación, su naturaleza y el monto de la pensión, se consignó lo siguiente:

> *Además, el carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de seguridad social en pensiones supone que éste se configure, como lo ha sido, como un régimen legal en el que los aportes de los afiliados, como las prestaciones que deben reconocerse, sus requisitos y condiciones, vienen determinados no por un acuerdo de voluntades sino por reglas y principios que se integran en el ordenamiento jurídico y que, por ende, pueden ser modificadas por el legislador cuando las circunstancias históricas así lo impongan.*
>
> *El sistema de seguridad social en pensiones no tiene por finalidad preservar el equilibrio cuota-prestación, sino la debida atención de las contingencias a las que están expuestas los afiliados y beneficiarios, además porque el régimen de prestaciones de la seguridad social en pensiones no es un régimen contractual como el de los seguros privados sino, todo lo contrario, se trata de un régimen legal que de alguna manera se asienta en el principio contributivo en el que los empleadores y el mismo Estado participan junto a los trabajadores con los aportes que resultan determinantes de la cuantía de la pensión. De ahí que los afiliados a la seguridad social no ostenten un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa.*

Y más recientemente en la C-083-2019, se refrenda lo antes expresado por la Corte, de la siguiente manera;

166

Para garantizar tal derecho, también lo ha explicado esta Corporación, en la reseñada Ley 100 de 1993, el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas

[...] Con fundamento en tal consideración, y tal como lo rememoró esta Corte en Sentencia C-078 de 2017 al resolver sobre la exequibilidad del inciso 4 del artículo 5 de la Ley 797 de 2003, en múltiples decisiones se ha señalado que el Congreso puede establecer la forma en la que se determina la pensión, o el tope de la misma, máxime cuando ello persigue concretar los principios de solidaridad y de sostenibilidad financiera, además de hacer efectivo el derecho a la pensión. Esto incluye "variar la situación jurídica de los destinatarios de una norma, siempre que esa decisión no implique el desconocimiento de los derechos adquiridos (artículo 58 de la Constitución)" tal como lo señaló cuando, en decisión C-089 de 1997, definió sobre la constitucionalidad del artículo 35 parcial de la Ley 100 de 1993.

[...] Así mismo, ha sostenido esta Corporación que el legislador no tiene la obligación de mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas en relación con las leyes vigentes en determinado momento, cuando quiera que su potestad configurativa permita darle prioridad al cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho, y siempre que consulte los parámetros de justicia y de equidad y se sujete a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. También ha explicado que tiene competencia para organizar el sistema de seguridad social en pensiones, a través, entre otros, de la creación de dispositivos de acceso, establecimiento de beneficios en cabeza de determinadas personas y fijación de requisitos, en el marco de los principios y valores constitucionales y con pleno respeto de los derechos adquiridos.

DE LOS REGIMENES PENSIONALES Y LAS VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE CADA UNO. RAIS – RPM.

Sobre las ventajas de uno u otro régimen pensional y la posibilidad de dar a conocer al afiliado una expectativa referida al monto pensional, se ha establecido desde el nacimiento de los mismos que no existe tal posibilidad, pues uno y otro régimen ofrecen beneficios diferentes, sin que pueda predicarse que unos son mejores o superiores. Igualmente, se ha dejado sentado que el RPM y el RAIS, coexisten son excluyentes y compiten entre sí por la captación de afiliados dentro de los marcos de fijados en la ley. Lo consignado en la C-956-2001 ilustra lo afirmado:

> *En varias oportunidades, esta Corporación ha precisado que, teniendo en cuenta que los regímenes de seguridad social son complejos e incluyen diversos tipos de prestaciones, en determinados aspectos uno de los regímenes puede ser más beneficioso que el otro y en otros puntos puede suceder todo lo contrario, por lo cual, en principio no es procedente un examen de aspectos aislados de una prestación entre dos regímenes prestacionales diferentes, ya que la desventaja que se pueda constatar en un tema, puede aparecer compensada por una prerrogativa en otras materias del mismo régimen.*

En la C-082-2002, se expresó en el mismo sentido:

> *No puede haber desconocimiento del derecho a la igualdad pues la Ley 100 de 1993 contiene una regulación diferente para cada uno de los regímenes pensionales, apoyada en el principio de la libre elección que permite a los afiliados escoger el subsistema que más se ajuste a sus necesidades, de tal suerte que el futuro pensionado se somete por su propia voluntad a un conjunto de reglas diferentes para uno y otro régimen, y simplemente se hará acreedor a los beneficios y consecuencias que reporte su opción.*

DE LAS LIMITACIONES AL TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL.

167

La permanencia y traslado de régimen no solo es un acto que impacta al afiliado en la forma como financiara su pensión, pues tal decisión afecta también en su conjunto las finanzas de uno y otro régimen. Al RPM porque en un sistema de reparto simple, el traslado de un afiliado implica una cotización menos al fondo común, de donde se pagan las pensiones vigentes. Al RAIS, porque altera las posibilidades de obtener mejores rendimientos en los diferentes portafolios de inversión. Por tal razón, el legislador decidió que estabilizar el número de afiliados en un tiempo prudente previo al de la fecha de causación de la pensión se hacía indispensable para sostenibilidad financiera y en consecuencia, limitó la posibilidad de traslado. El plazo se estableció en la Ley 797 de 2003, que limita la posibilidad de traslado de régimen a quien este a diez años o menos de cumplir la edad para acceder a la pensión, quedando consignadas las razones de su exequibilidad en lo expresado en la C-1024 de 2004, en los siguientes términos:

> *La medida prevista en la norma acusada, conforme a la cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, resulta razonable y proporcional, a partir de la existencia de un objetivo adecuado y necesario, cuya validez constitucional no admite duda alguna. En efecto, el objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros. La validez de dicha herramienta legal se encuentra en la imperiosa necesidad de asegurar la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social en materia pensional a todos los habitantes del territorio colombiano, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia (C.P. art. 48). Así mismo, el objetivo de la norma se adecua al logro de un fin constitucional válido, pues permite asegurar la intangibilidad de los recursos pensionales en ambos regímenes, cuando se aproxima la edad para*

obtener el reconocimiento del derecho irrenunciable a la pensión, en beneficio de la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional.

El derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones que, por su misma esencia, pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato entre sujetos puestos aparentemente en igualdad de condiciones, tales como, el señalamiento de límites para hacer efectivo el derecho legal de traslado entre regímenes pensionales.

El derecho a la libertad de elección de los usuarios en cuanto al régimen pensional de su preferencia es un derecho de rango legal y no de origen constitucional, el cual depende, en cada caso, del ejercicio de la libre configuración normativa del legislador.

CONCLUSIONES I:

Bajo las anteriores premisas y con fundamento en los pronunciamientos citados, resulta sustentado afirmar, en síntesis: Que la afiliación al sistema general de pensiones es un acto jurídico unilateral y de adhesión a las condiciones previstas en la ley para el RPM y para el RAIS; que la afiliación no tiene naturaleza contractual; que la elección debe ser libre y voluntaria; que las contingencias y obligaciones originadas en el acto de afiliación están contenidas en la ley y pueden ser modificadas por el legislador cuando las circunstancias lo ameriten; que la elección de un régimen pensional tiene por objeto escoger una forma de financiar la pensión y no un monto pensional; que la determinación de condiciones pensionales y expectativa de un monto pensional al momento de la afiliación no es posible, que no hay posibilidad de señalar como mejores unas que otras al momento de la afiliación; que los afiliados a la seguridad social no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa; que las condiciones de afiliación a un de régimen son un asunto de orden legal y no constitucional.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL FIJADO POR LA SALA DE CASACION LABORAL PARA SUSTENTAR LA INEFICACIA DEL ACTO DE AFILIACION AL REGIMEN PENSIONAL.

Sobre la ineficacia del traslado de régimen pensional, la jurisprudencia de nuestra Sala de Casación Laboral ha interpretado las normas que se refieren al deber de información de las AFP, definiendo que el incumplimiento al mismo imposibilita la libertad de elección de régimen pensional por parte del afiliado, determinado tres etapas en la regulación, consignadas entre otras en la CSJ-SL1452-2019, resumidas en el siguiente cuadro:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar 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 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 y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que

		podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

La sentencia citada analiza el contenido del deber de información en cada una de las etapas, dejando en evidencia su evolución, pasando de uno menos concreto a uno con la puntualidad de comparar valores de la mesada pensional, lo cual tiene una razón lógica: Una cosa es suministrar información sobre expectativas pensionales durante los primeros diez años de desarrollos legales y económicos que acompañaron la aplicación de la Ley 100 de 1993 y, otra muy diferente, suministrar información después de veinte años, cuando entre otras cosas el afiliado ya tiene cumplido el tiempo y las cotizaciones o el capital para acceder al goce de la pensión por vejez, porque en este momento las variables que **no eran determinables en el año de 1994 (o para el caso el año 2001)**, se convierten en variables determinadas tanto por los cambios introducidos en la ley 797 de 2003, como por la verificación ya en concreto de las variables económicas que incidieron sobre los rendimientos financieros de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, que determinan el monto de la pensión en forma concreta.

Sobre la aplicación de la Ley en el tiempo, ha reiterado la jurisprudencia Sala de Casación Laboral, que las normas bajo las cuales se juzgan los actos jurídicos son las vigentes al momento de su ocurrencia, que en el caso de la demandante corresponden a las vigentes en el año 2001 en que realizó su afiliación al RAIS (folio 45), siendo las aplicables las contenidas en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto n° 663 de 1993; los artículos 4, 14 y 15 del decreto 656 de 1994, que dan marco al deber de información, en lo que se ha denominado la primera etapa.

Para examinar los contenidos de las normas citadas correspondientes a la primera etapa del deber de información y aplicables al caso por el año en

169

que se produjo el traslado de la demandante, vale la pena hacer su transcripción:

LEY 100 DE 1993.

ARTICULO 13 b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.

ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR. El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

La lectura de la norma anterior, permite establecer que el sujeto a quien va dirigida la protección es el afiliado, el derecho protegido es la libertad de elección de su régimen pensional, el infractor es el empleador y cualquiera otra persona que atente contra esa libertad, la sanción prevista es una multa, y, ***la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.***

Por su parte el Decreto 663 -Estatuto Orgánico del Sistema Financiero - de 1993, en el artículo 97 numeral 1°, expedido el 2 de abril de 1993 y publicado en el diario oficial el 5 de abril de 1993, prescribe:

> *1. Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.*

El artículo 1° del mismo Decreto 663 de 1993 establece:

> *ARTICULO 1o. ESTRUCTURA GENERAL. El sistema financiero y asegurador se encuentra conformado de la siguiente manera:*
>
> *a. Establecimientos de crédito.*
>
> *b. Sociedades de servicios financieros.*
>
> *c. Sociedades de capitalización.*
>
> *d. Entidades aseguradoras.*
>
> *e. Intermediarios de seguros y reaseguros*

La norma transcrita fue expedida con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 -23 de diciembre de 1993- cuando todavía no existían las AFP.

Por su parte el Decreto n° 656 de 1994 en sus artículos 4,14 y 15 disponen lo siguiente:

> ***ARTICULO 4o.*** *En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter previsional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los*

170

servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.

ARTICULO 14. *Las Sociedades Administradoras de Fondo de Pensiones tendrán, entre otras, las siguientes obligaciones:*

a) Mantener los activos y pasivos de los fondos que administren separados entre sí y de los demás activos de su propiedad. Igualmente, conservan actualizada u en orden de la información y documentación relativa a las operaciones de los fondos y a los afiliados;

b) Mantener cuentas corrientes o de ahorros destinadas exclusivamente a manejar los recursos que administran, las cuales serán abiertas identificando claramente el Fondo al que corresponde la cuenta respectiva;

c) Enviar a sus afiliados, por lo menos trimestralmente, un extracto que registre las sumas depositadas, sus rendimientos y saldos, así como el monto de las comisiones cobradas y de las primas pagadas. La Superintendencia Bancaria podrá autorizar a las administradoras el envío o disponibilidad de extractos por medios distintos a la correspondencia escrita;

d) Literal modificado por el artículo 55 de la Ley 1328 de 2009. Entra a regir el 15 de septiembre de 2010. Invertir los recursos del sistema en las condiciones y con sujeción a los límites que para el efecto establezca el Gobierno Nacional.

e) Cuando negocien activos de los fondos administrados, deberán expresar y dejar constancia en los títulos correspondientes del nombre del fondo por cuenta del cual actúan;

f) Abonar los rendimientos del fondo en la cuenta de ahorro pensional de cada afiliado y a prorrata de las sumas acumuladas en cada una de ellas y de la permanencia de las mismas durante el período correspondiente, según las instrucciones que al efecto imparta la Superintendencia Bancaria;

g) Garantizar a los afiliados de los fondos una rentabilidad mínima, que será determinada con base en la metodología que adopte el

Gobierno Nacional teniendo en cuenta los parámetros señalados en el artículo 101 de la Ley 100 de 1993;

h) Adelantar las acciones de cobro de las cotizaciones retrasadas. Los honorarios correspondientes a recaudos extrajudiciales solamente podrán ser cobrados a los deudores morosos cuando estas acciones de cobro se adelanten por terceros cuyos servicios se contraten para el efecto.

Las cuentas de cobro que elaboren las administradoras por las sumas que se encuentren en mora prestarán mérito ejecutivo;

i) Atender oportunamente las solicitudes de retiro de excedentes de libre disponibilidad, incluidas las correspondientes a retiros de aportes voluntarios, que deberán ser presentadas con no menos de seis (6) meses de antelación. El preaviso de que trata el presente artículo no es renunciable por parte de la administradora;

j) Prestar, de conformidad con lo previsto en el literal b) del artículo 60 de ley 100 de 1993, asesoría para la contratación de rentas vitalicias, cuando ellas les sea solicitada por sus afiliados;

k) Publicar la información que determinen el Gobierno Nacional y la Superintendencia Bancaria de conformidad con sus facultades legales;

l) Devolver los saldos de que tratan los artículos 66, 72 y 78 de la Ley 100 de 1993 dentro de los mismos plazos máximos que se fijen para el reconocimiento de pensiones y, si a ello hubiere lugar, entregarlos de conformidad con el procedimiento previsto en el numeral 7o. del artículo 127 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero;

m) Las demás que señalen las disposiciones legales.

ARTICULO 15. *Todo fondo de pensiones deberá tener un plan de pensiones y un reglamento de funcionamiento aprobados de manera previa e individual por la Superintendencia Bancaria. El reglamento debe contener, a lo menos, las siguientes previsiones:*

a) Los derechos y deberes de los afiliados y de la administradora;

b) El régimen de gastos conforme a las disposiciones que establezca la Superintendencia Bancaria, y

c) Las causales de disolución del fondo.

El texto del reglamento, así como del respectivo plan, deberá ser entregado a cada afiliado a más tardar al momento de su vinculación.

171

Los reglamentos deberán ser redactados de forma tal que sean de fácil comprensión para los afiliados y la copia que de los mismos se entregue a éstos deberá emplear caracteres tipográficos fácilmente legibles.

PARAGRAFO. *Las modificaciones a los reglamentos de los fondos de pensiones deberán ser igualmente aprobadas de manera previa por la Superintendencia Bancaria.*

PARAGRAFO. *transitorio. A las personas que se vinculen a un fondo de pensiones durante los dos primeros meses de funcionamiento del mismo, el texto del reglamento podrá serles entregado a más tardar al vencimiento de dicho término.*

De las disposiciones anteriores salta a la vista, que la relacionada con el caso es el artículo 4°, que hace responsables a las AFP en el grado de culpa levísima, por los daños que se puedan causar a los afiliados y la del literal j) del artículo 14 que impone un deber de asesoría, cuando así lo requiera el afiliado para la contratación de rentas vitalicias.

En lo que tiene que ver la aplicación del estatuto orgánico del sistema financiero – Decreto 663 de 1993 – como fuente del deber de información, resulta al menos forzada su aplicación, porque para entonces no existían las AFP como lo evidencia la fecha de su expedición y como lo confirma su artículo 1°, por lo que no puede esperarse encontrar un contenido material del deber de información sobre asuntos pensionales, o al menos no en la forma en que se describe en la jurisprudencia para esta primera etapa, al señalar que debe incluir referencias claras, precisas sobre las ventajas de cada régimen, el monto de la pensión, la perdida de régimen de transición, porque no existían ni las administradoras ni la Ley 100 de 1993.

DE LA NATURALEZA Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS SANCIONATORIAS EN MATERIA DE AFILIACION AL REGIMEN PENSIONAL.

Como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de nuestra Corte, la respuesta, reacción jurídica o sanción, al incumplimiento en el deber de información, es la ineficacia del acto de afiliación prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, al interpretar que tal falta atenta contra la libertad de elección prevista en el artículo 13 del mismo estatuto, porque, en síntesis, no puede ser libre una decisión desinformada.

El artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establece un régimen sancionatorio para el empleador o cualquiera otra persona que *impida o atente* contra la libertad de elección del régimen pensional, estableciendo la imposición de multas y que la afiliación quedará sin efecto y podrá hacerse nuevamente. La norma consagra una sanción, que es la imposición de una multa por parte de una autoridad administrativa (Ministerio de Salud – Ministerio de Trabajo y Seguridad Social - Superintendencia de Salud) y, una penalidad accesoria, que deja sin efecto la afiliación para que el afectado pueda hacerla nuevamente.

Tales efectos jurídicos sancionatorios requieren para su imposición, la declaración de una autoridad administrativa de las allí señaladas, que son las competentes para que se declare la violación, se imponga la multa y surja la consecuencia accesoria de dejar sin efecto la afiliación para dar paso a una nueva, si el afectado así lo desea.

Siendo el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 la fuente invocada para dejar sin efecto la afiliación al régimen pensional, bien vale la pena recordar, que los regímenes sancionatorios solo pueden establecerse en leyes, siendo de la esencia de los mismos que solo el Congreso de la República pueda adoptarlos en virtud del principio denominado *reserva de ley*, e impone que las correspondientes sanciones solo puedan ser impuestas por las autoridades competentes, acatando el debido proceso, dentro del plazo previsto por la ley y con la dosificación señalada en ella. De otra parte el Decreto n° 720 DE 1994 estableció lo siguiente:

CAPITULO I. DISPOSICIONES GENERALES

172

Artículo 1° OBJETO. *El presente Decreto regula las condiciones y términos para el desarrollo de la actividad de promoción y distribución de los productos de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones, incluidos los planes complementarios, alternativos y los planes pensiones.*

Artículo 2° DESTINATARIOS. *Igualmente señala las personas y entidades habilitadas para efectuar dichas labores, las disposiciones a las cuales han de sujetar su gestión, las condiciones de supervisión por parte de la Superintendencia Bancaria y el régimen sancionado correspondiente.*

CAPITULO IV. RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y ORGANIZACION DE LOS PROMOTORES.

Artículo 10. *RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.*

Las normas transcritas establecen la responsabilidad por los perjuicios que se causen a los afiliados, con ocasión de cualquier infracción, error u omisión de los promotores de las AFP, indicando que es responsabilidad de estas últimas; razón por la que cual esta disposición no permite trasladar los perjuicios de las omisiones en el deber de información a un sujeto de derecho, que como Colpensiones, no intervinó en la decisión del afiliado al momento de optar por el RAIS, ni es responsable del deber de información que impone la doble asesoría que solo se estableció a partir del año 2014 con la expedición de la Ley 1748.

Para el efecto resulta ilustrativo el contenido de la C-412 de 2015, que al referirse al régimen sancionatorio recordó la obligación de aplicar las garantías del debido proceso a la potestad de la administración en esta materia, referidos al principio de legalidad y de reserva de ley, respecto de los cuales expreso:

PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

El principio de legalidad exige que dentro del procedimiento administrativo sancionatorio la falta o conducta reprochable se encuentre tipificada en la norma -lex scripta- con anterioridad a los hechos materia de la investigación-lex previa. En materia de derecho sancionatorio el principio de legalidad comprende una doble garantía, a saber: material, que se refiere a la predeterminación normativa de las conductas infractoras y las sanciones; y, formal, relacionada con la exigencia de que estas deben estar contenidas en una norma con rango de ley, la cual podrá hacer remisión a un reglamento, siempre y cuando en la ley queden determinados los elementos estructurales de la conducta antijurídica. Esto se desprende del contenido dispositivo del inciso 2° del artículo 29 de la Constitución Política que establece el principio de legalidad, al disponer que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa (...)", es decir, que no existe pena o sanción si no hay ley que determine la legalidad de dicha actuación, ya sea por acción u omisión.

PRINCIPIO DE TIPICIDAD-Alcance

El principio de tipicidad como desarrollo del de legalidad hace referencia a la obligación que tiene el legislador de definir con claridad y especificidad el acto, hecho u omisión constitutiva de la conducta reprochada por el ordenamiento, de manera que les permita a las personas a quienes van dirigidas las normas conocer con anterioridad a la comisión de la misma las implicaciones que acarrea su transgresión. Conviene precisar que, si bien es cierto que en materia sancionatoria la ley puede hacer remisiones a los reglamentos, -con el

173

fin de complementar el tipo allí descrito-, también lo es que la remisión se encuentra limitada al núcleo esencial de lo que se ha estipulado en la ley. De allí que la tipificación para la descripción de la conducta y la sanción, corresponde por mandato constitucional al legislador, mientras que la aplicación de la misma para subsumir el hecho antijurídico al tipo descrito, corresponde a la administración.

DEBIDO PROCESO-Concepto y alcance/DEBIDO PROCESO-Elementos integradores

El artículo 29 de la Constitución dispone, de una parte, que toda actuación se desarrolle con sujeción al procedimiento legalmente preestablecido en la materia. Y, de otra, constituye una limitación a los poderes del Estado, habida cuenta de que corresponde al legislador establecer previamente la infracción, las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en estas y la definición de las autoridades públicas o administrativas competentes para realizar la investigación y, consecuentemente, imponer la sanción. La jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera reiterada que el debido proceso es el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico orientadas a la protección del individuo incurso en una conducta judicial o administrativamente sancionable, precisando que son elementos integradores del debido proceso los siguientes: "a) el derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia; b) el derecho al juez natural; c) el derecho a la defensa; d) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable; e) el derecho a la independencia del juez y f) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario."

DEBIDO PROCESO EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS-Opera en tres momentos específicos

Las garantías procesales en el campo administrativo sancionatorio no son iguales a las del ámbito judicial, toda vez que se enmarcan dentro de rasgos y etapas diversas. El debido proceso en las actuaciones administrativas opera en tres momentos específicos: (i) en la formación

de la decisión administrativa (acto administrativo), (ii) en la notificación o publicación de esa decisión administrativa, y (iii) en la impugnación de la decisión (recursos).

POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION-Ejercicio

Para el ejercicio de la potestad sancionatoria a cargo de la administración se requiere: (i) una ley previa que determine los supuestos que dan lugar a la sanción, así como la definición de los destinatarios de la misma, -sin que necesariamente estén desarrollados todos los elementos del tipo sancionatorio-, ya que es válida la habilitación al ejecutivo con las limitaciones que la propia ley impone; (ii) que exista proporcionalidad entre la conducta o hecho y la sanción prevista, de tal forma que se asegure tanto al administrado como al funcionario competente, un marco de referencia que permita la determinación de la sanción en el caso concreto, y (iii) que el procedimiento administrativo se desarrolle conforme a la normatividad existente, en procura de garantizar el debido proceso.

RESERVA DE LEY-Manifestación del principio de democracia y de división de los poderes

La reserva de ley es una manifestación del principio de democracia y de división de los poderes, el cual exige que ciertas materias deban ser directamente reguladas por el legislador mediante la expedición de leyes y no a través de regulaciones de menor jerarquía como lo son los decretos de carácter reglamentario. Este principio impone la obligación de que los núcleos esenciales de la materia objeto de reserva estén contenidos (regulados) en una ley.

RESERVA DE LEY-Tipos

PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY-Carácter material

LEY-Asuntos sujetos a reserva material

Son asuntos sujetos a reserva material de ley las actividades que la Constitución expresamente señala: (i) las atribuciones propias del Congreso de la República y (ii) las que el legislador considere necesario regular, siempre y cuando no hayan sido otorgadas (tacita o expresamente) a otras ramas del poder o a otros órganos del Estado.

LEY MATERIAL-Materias sujetas a reserva

Frente a las materias sujetas a reserva de ley formal, la Corte Constitucional ha manifestado que son aquellos temas en los que no puede intervenir el legislador extraordinario, pues se exige la participación directa del Congreso como órgano máximo de deliberación política y de representación democrática, tal como ocurre con las leyes orgánicas, estatutarias y marco o cuando se decretan impuestos o expiden códigos. En suma: (a) sólo el legislador puede regular la materia; (b) las autoridades administrativas, incluido el Gobierno Nacional, carecen de competencia para regular esa materia; y, (c) el legislador no puede en la ley que trata la materia, delegar en el Gobierno Nacional la regulación de la misma.

Los anteriores mandatos constitucionales, estructuran el debido proceso, y han sido recogidos entre en otros en los artículos 16 y 21 de nuestro estatuto sustantivo laboral, en los que se consagran los principios de inescindibilidad e irretroactividad de la ley, aplicados e interpretados en su conjunto de manera reiterada en infinidad de sentencias, en las que la Sala de Casación Laboral ha sentado la aplicación de las normas con total observancia del principio de inescindibilidad, dejando consignado al menos un millar de sentencias, que no es posible fraccionar la ley con el objeto de tomar de una y otra norma la parte que convenga a los intereses de quien pretende un derecho, construyendo una tercera que lo favorezca. (SL10233-2014, SL9405-2015, SL148-208, SL494-2016, SL4093-2017, SL6505-2015, SL2124- 2016, SL2124 2018, entre otras, de las 923 que relaciona la relatoría.)

CONCLUSIONES II.

Bajo las anteriores premisas es posible concluir: Que la competencia para imponer las sanciones previstas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 está asignada a las instancias administrativas allí señaladas; que la sanción prevista es la multa y dejar sin efecto la afiliación para que el interesado realice **una *nueva;*** que las sanciones aquí previstas solo la pudo establecer el legislador en ejercicio de sus competencias; que en aplicación del debido proceso la sanción debe existir de manera previa al hecho que la origina; que en virtud del principio de legalidad no pueden aplicarse sanciones recurriendo a la analogía, ni remitirse a normas sancionatorias que regulen otros casos; que no pueden aplicarse las normas fraccionadamente y construirse una tercera que favorezca el derecho del accionante, que hay norma expresa sobre la responsabilidad que compete a las AFP por los perjuicios cometidos por la acción u omisión de sus agentes y, que las sanciones deben ser aplicadas en la forma prevista en la Ley.

DE LA AUTONOMIA DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA APLICACIÓN INTEGRAL DE LAS NORMAS CONTENIDAS EN LA LEY 100.

La seguridad social se encuentra definida como un derecho público que será prestado de conformidad con lo establecido en el artículo 4° de la Ley 100 de 1993, que reza:

> *ARTÍCULO 4o. DEL SERVICIO PÚBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL. La Seguridad Social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado y que será prestado por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidos en la presente ley.*
>
> *Este servicio público es esencial en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Con respecto al Sistema General de Pensiones es esencial sólo en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones.*

Por su parte en el artículo 288 se ratifica la misma autonomía, se consagra la favorabilidad y la inescindibilidad, en los siguientes términos:

175

ARTÍCULO 288. APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN LA PRESENTE LEY Y EN LEYES ANTERIORES. Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente Ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta Ley.

La autonomía e independencia de la seguridad social han sido refrendadas por la jurisprudencia de manera reiterada y uniforme, entre otras muchas en la CSJ-SL1689-2019 en la que se consignó:

Así las cosas, y para dar respuesta a los planteamientos propuestos en la demanda de casación, vale recordar que la codificación que contiene las disposiciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de antaño, obtuvo independencia de las demás ramas del derecho, de manera tal que posee instituciones con características, identidad y regulación normativa propia; de ahí que conforme el artículo 145 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, solo está permitido recurrir a las preceptivas de otros ordenamientos ante la ausencia de regulación legal del respectivo tema.

La normatividad impone que los temas de seguridad social regulados en la Ley 100 de 1993, se sometan a su aplicación y, en caso de ausencia de norma aplicable, se acuda a las disposiciones de integración normativa y analogía, que permitan encontrar la solución al problema jurídico planteado.

Bajo las anteriores consideraciones las discusiones sobre la eficacia de la afiliación a un régimen pensional encuentran solución integral en las normas de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, sin que haya vacío que permita acudir a estatutos diferentes para su solución.

DE LA APLICACION DEL CODIGO CIVIL Y DE COMERCIO A LOS ASUNTOS REGULADOS EN EL SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL ESTABLECIDO POR LA LEY 100 DE 1993.

En atención a que los precedentes jurisprudenciales de nuestra Sala de Casación Laboral en materia de ineficacia de la afiliación a un régimen pensional han aplicado normas del Código Civil y de Comercio, para trasladar sus efectos a los asuntos de la seguridad social, es necesario referirse a ellos, de la forma en que se expone a continuación.

En síntesis, ha señalado la jurisprudencia, que la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando emana de la ausencia del deber de información por parte de las AFP, transgrede el derecho a la libre elección prevista en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 y, conduce a la ineficacia de la afiliación, la cual deberá entenderse en sentido estricto y deberá en consecuencia producirse el restablecimiento previsto en el artículo 1746 del Código Civil que reza:

> *La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.*
> *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

Lo tesis sentada en la jurisprudencia laboral ha quedado consignado entre otras en la SL4360-2019 en los siguientes términos:

> *En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de*

176

información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro.

Ahora bien, podría contra argumentarse que ese precepto alude a una acción del empleador o de cualquier persona tendiente a engañar al trabajador; sin embargo, para la Corte esta es una lectura incompleta y reduccionista de la norma, en la medida que los derechos pueden ser objeto de violación o transgresión por acción, y también por omisión. Además, en ninguno de sus enunciados el texto refiere que para que se configure la ineficacia sea necesario un «engaño», «artificio» o un vicio del consentimiento; antes bien, la norma alude a «cualquier forma» de violación de los derechos de los trabajadores a la afiliación.

En consonancia con lo expuesto, cabe recordar que todo deber tiene como correlato un derecho. Luego, si conforme a las reglas referidas en casación, las administradoras tienen rigurosas obligaciones de brindar información a los afiliados; estos a su vez tienen el derecho a recibirla. Por ello, puede aseverarse que existe un derecho de los afiliados a

obtener información sobre las consecuencias y riesgos de su cambio de régimen pensional, de manera que su violación –por disposición de ley– se sanciona con la ineficacia del acto.

Para ahondar en razones, y asumiendo que el deber de información tiene como correlato un derecho a la información, la sanción de ineficacia no solo encuentra respaldo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sino también en los artículos 272 de la citada normativa, 13 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Política.

En efecto, siguiendo la tradición de las legislaciones tutelares que propenden por la intangibilidad e irrenunciabilidad de un mínimo de derechos y garantías ciudadanas, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sanciona con la ineficacia o la privación de efectos jurídicos todo acuerdo que menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores. De ahí que, para esta Corte, la figura de la ineficacia sea la vía correcta al momento de examinar los casos de violación del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones.

Ahora bien, no niega la Corte que en determinados casos el traslado pueda estar afectado o menguado en sus efectos por otras vicisitudes que lo golpean. Por ejemplo, cuando el afiliado no presta su consentimiento o el acto carece por completo de voluntad, en cuyo caso el asunto debe abordarse desde el campo de la inexistencia. Lo que quiere recalcarse es que cuando la alegación sea la falta de información (lo cual significa que el acto existe y cumple los requisitos formales de validez), el asunto debe abordarse bajo el prisma de la ineficacia.

3. Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado

En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda

(vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).

Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con

solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Sobre la ineficacia en sus diferentes acepciones y efectos, la C-345 de 2017, ilustra sobre la aplicación de la figura a los contratos civiles y comerciales, precisando que en los primeros operan las nulidades absoluta y relativa previstas en el Código Civil y, en los segundos, la ineficacia de pleno derecho establecida en el artículo 897 del Código de Comercio, que es el único ordenamiento que la tiene prevista en nuestra legislación, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 897. <INEFICACIA DE PLENO DERECHO>. Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.

El texto anterior vincula a los comerciantes y actos mercantiles por disposición del artículo 1° del mismo estatuto mercantil que reza:

ARTÍCULO 1o. <APLICABILIDAD DE LA LEY COMERCIAL>. Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas.

De los textos transcritos se desprende que la figura de la ineficacia de pleno derecho, está ligada a los actos de comercio en los casos allí citados; que la norma no establece las consecuencias de la ineficacia de pleno derecho, por lo que pueden aplicarse las normas de la nulidad previstas en el estatuto civil, por mandato expreso que hace el artículo 822 del Código de Comercio, como lo refiere la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil en la sentencia SC-3201-2018 en la que se expresa :

Lo anterior es así por cuanto el Código de Comercio no prescribe los efectos específicos para cada una de las formas de invalidez en él mencionadas; lo que hace necesario acudir a las reglas que rigen esa materia en el campo civil, en aplicación del principio de remisión previsto en el artículo 822 de la codificación mercantil, según el cual

178

«los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa».

Luego, por aplicación extensiva del artículo 1746 del Código Civil, es preciso aplicar a los casos de ineficacia comercial los efectos que la ley consagró para la nulidad:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo».

Cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz (como el artículo 897 del Código de Comercio), la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás; lo cual tiene la aptitud de producir acción contra terceros poseedores. Así lo consagra expresamente el artículo 1748: «La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales».

Los referentes jurisprudenciales citados precisan que la figura de la ineficacia de pleno derecho es propia de los actos regulados en el estatuto comercial y que tal estatuto no tiene establecidos los efectos legales de la misma, pero que el artículo 822 remite a las normas del Código Civil y puntualmente al artículo 1746. Los supuestos de hecho de esta jurisprudencia nada tienen que ver, con el acto de afiliación a un régimen pensional, pues la situación fáctica que plantea vincula comerciantes y actos de comercio, se discute una situación de carácter contractual y, los efectos de la ineficacia previstos en el estatuto civil se aplican en asuntos mercantiles, pero porque así lo dispone una norma que dentro del mismo código de comercio remite a tal ordenamiento.

A diferencia de lo que ocurre con el artículo 897 del Código de Comercio, que deja vacío el efecto de la ineficacia, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, incorpora: El derecho protegido; la autoridad competente para determinar las conductas atentatorias del mismo; las multas y efectos respecto a la afiliación y, dispone que en tal caso podrá hacerse una nueva.

La construcción jurisprudencial de la ineficacia del acto de afiliación al régimen pensional, se realiza a partir del fraccionamiento del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, del que se toma la consecuencia de dejar sin efecto la afiliación; se aplica el artículo 897 del Código de comercio del que se toma el efecto de la ineficacia de pleno derecho y, se aplican las disposiciones del artículo 1746 del Código Civil, para sustentar el restablecimiento al estado anterior en que se encontraba el afiliado.

La aplicación fraccionada de la ley contraviene la inveterada y reiterada jurisprudencia que sobre inescindibilidad de la norma ha aplicado la Sala, entra en tensión con la prohibición de tomar una parte de una norma y otra para dar nacimiento a una tercera y, desatiende los mandatos sobre integración y remisión normativa.

El referente jurisprudencial traído de la Sala de Casación civil, resulta descontextualizado como lo demuestra el supuesto factico del mismo, pues en él se discute una situación contractual entre comerciantes, en el que al declararse la ineficacia de pleno derecho a la venta de las acciones de una

179

compañía, se afecta a un tercero comprador; teniendo la necesidad de abordar los restablecimientos mutuos a la luz del artículo 1746 del Código Civil, **pero por remisión expresa del artículo 822 del Código de Comercio.**

La Corte Constitucional definió que el acto de afiliación es un asunto de orden legal, que se produce en obedecimiento a un mandato que así lo impone para trabajadores dependientes e independientes, es de carácter unilateral y de adhesión a las reglas fijadas por el legislador para uno y otro régimen, solo el legislador puede introducir cambios según lo demanden las circunstancias; razón por la que resulta ajeno a la declaratoria de su ineficacia, la aplicación de normas que desbordan el estatuto de la seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993. El sustento de lo afirmado por la Corte Constitucional respecto de la naturaleza y regulación del acto de afiliación está en los pronunciamientos de constitucionalidad citados en esta providencia y en los contenidos de los artículos 4, 11, 13, 15 y 288 de la Ley 100 entre otros.

CONCLUSIONES III.

De lo expuesto resulta fundado concluir que:

La estructura de la norma contendida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, al proteger el derecho a la libre elección de régimen pensional, señalar las autoridades competentes para hacerlo efectivo y disponer sus consecuencias jurídicas, impone su aplicación sin fraccionamiento alguno y hace improcedente acudir a estatutos distintos, como el civil y el comercial para determinar sus efectos.

Los principios constitucionales plasmados en el artículo 29 de nuestra Carta Política y los legales consagrados en el estatuto de seguridad social, refrendados en un millar de sentencias de nuestra Sala de Casación Laboral, sustentan la conclusión anterior, porque han pregonado el principio de inescindibilidad en la aplicación de las normas; la imposibilidad de tomar de una y otra norma lo que convenga a la pretensión del accionante, para dar paso a una tercera construida por el juez con tal propósito; todo lo cual debe

cumplirse con mayor rigor cuando se trata de normas de carácter sancionatorio.

EFECTOS DE LA INEFICACIA DEL ACTO DE AFILIACION Y LA AFECTACION A COLPENSIONES.

La Ley 100 de 1993 estableció *El Sistema General de Pensiones* compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber:

a. Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.
b. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Los responsables de la administración de los dos regímenes pensionales son: Colpensiones la del primero, y las AFP las del segundo, cuya naturaleza jurídica y condiciones de existencia y manejo de los recursos está determinada en la Ley, en virtud de la cual la primera opera como Empresa Industrial y Comercial del Estado convertida en entidad de carácter financiero especial en el año 2011 y, las AFP como sociedades de servicios financieros, vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, constituidas con el objeto social exclusivo de administrar fondos de pensiones obligatorias, fondos de cesantías, fondos de pensiones voluntarias y patrimonios autónomos de naturaleza pensional.

La coexistencia de los dos regímenes pensionales implica la competencia por la captación de afiliados, para lo cual la Ley 100 de 1993 estableció lo siguiente:

ARTÍCULO 287. ACTIVIDADES PROPIAS DE LOS INTERMEDIARIOS EN LAS ENTIDADES DE SEGURIDAD SOCIAL. Las Entidades de Seguridad Social, las Entidades Promotoras de Salud y las Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía y/o de Pensiones podrán realizar las actividades de promoción y ventas, la administración de la relación con sus afiliados, el recaudo, pago y transferencia de los recursos por intermedio de instituciones financieras, intermediarios de

180

seguros u otras entidades, con el fin de ejecutar, las actividades propias de los servicios que ofrezcan.

El Gobierno reglamentará la actividad de estos intermediarios, regulando su organización, actividades, responsabilidades, vigilancia y sanciones a que estarán sujetos.

En desarrollo de la reglamentación de la anterior disposición, y, en lo que se refiere a la responsabilidad de las AFP frente a sus afiliados, se estableció en el Decreto 720 de 1994 lo que ya ha quedado consignado anteriormente.

En esta norma, a diferencia de las que cita la jurisprudencia en el marco del deber de información de las AFP, en lo que se denominó primera etapa; se establece el deber de información por parte de los promotores de forma general y abstracta, se consigna que las AFP deben responder por sus actuaciones, en especial por aquellas que impliquen un perjuicio para el afiliado.

Bajo las anteriores premisas, en la medida en que el afiliado es quien tiene la opción de escoger su régimen pensional; mientras no se demuestre que Colpensiones invadió la órbita de su derecho a elegir, ninguna consecuencia de las establecidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, puede aplicarse a un tercero que nada tuvo que ver en el acto de escogencia y afiliación al RAIS, ni en la deficiente o suficiente información que se le suministro, ni era la obligada a suministrarla en el año 2001, en que la afiliada tomo su decisión.

La anterior afirmación tiene sustento, en que de conformidad con lo hasta aquí expuesto, el régimen sancionatorio establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que sirve como sustento a la ineficacia del acto de afiliación, establece como sanción adicional a la multa que impongan las autoridades administrativas allí señaladas, la ineficacia del acto de afiliación y la habilitación para que el interesado haga una nueva; que de ninguna manera puede traducirse en que Colpensiones asuma la consecuencia de las omisiones de la AFP, que no solo es un sujeto de derecho diferente y

autónomo, sino que es su competencia en materia de administrar pensiones sus afiliados.

Cabe resaltar que la relación jurídica originada en el acto de afiliación de la demandante cuyos efectos se pretenden invalidar, tiene como sujetos a la demandada PORVENIR S.A., mientras que COLPENSIONES es un sujeto procesal demandado, pero ajeno a la relación jurídico sustancial que vincula al actor con la restante demandada.

Por las particularidades del caso colombiano al permitir la coexistencia de regímenes, en vez de remediarse la desfinanciación del sistema pensional vigente, se agravó su situación de sostenibilidad financiera, ya que al permitirse la coexistencia y libre competencia, la mayor fuerza en la promoción de afiliaciones por parte de las AFP, dejo el sistema con un mayor problema del que tenía, al perder un número importante de cotizantes, que constituían con sus aportes el soporte para el pago de las pensiones ya causadas en favor de miles de colombianos.

La afirmación anterior tiene sustento en lo expresado por la Corte Constitucional en la C-083 de 2019, en la que se consignó:

> *7.5. Según se explicó en precedencia, el régimen de prima media con prestación definida tiene un carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas, en otras palabras, los cotizantes son los convocados a sufragar las pensiones de quienes ya cumplieron los requisitos de acceso.*
>
> *7.6. Para ello el fondo común incorpora la totalidad de las cotizaciones y junto con los incrementos financieros que se producen dispone del pago de las pensiones, en las distintas contingencias.* ***Esto que parece simple tiene sin embargo una gran complejidad, en la medida en que tanto la fijación de las cotizaciones, como el tiempo en el que debe realizarse y la edad del disfrute se determinan de acuerdo a un modelo financiero que permita hacer viable el régimen.*** *El Estado allí funciona como garante de las obligaciones pensionales, siempre que los afiliados cumplan con la densidad de semanas exigidas y la edad requerida. Con todo y la fijación de un modelo actuarial que haga sostenible el régimen de prima media, tal como se*

181

explicó en el acápite pertinente, por lo menos se subsidian en un 40% las pensiones de vejez.

7.7. Lo anterior es pertinente, pues tanto el actor, como los intervinientes que solicitan o bien la inexequibilidad o la exequibilidad condicionada de la norma demandada sostienen que se viola el artículo 48 constitucional, en cuanto el valor de la pensión de vejez no refleja la totalidad de las semanas que se cotizaron. Tal estimación supone que debe existir una estricta correspondencia entre el tiempo que cotizaron, con la fijación del porcentaje que determinará el monto de la pensión.

7.8. Sin embargo, como se ha anotado en esta providencia, esa simetría no es aceptable en el modelo de seguridad social, en tanto no existe la posibilidad de recuperar en idéntica proporción lo sufragado, dada la naturaleza redistributiva del sistema y en atención a las distintas variables que se tienen en cuenta para garantizar el sostenimiento. Su carácter igualitario deriva de que, ese mecanismo, permite compensar la situación de aquellos que, de ser exclusivamente por las cotizaciones no tendrían la posibilidad de protegerse ante el riesgo de vejez.

7.9. La progresión del derecho a la seguridad social en materia pensional entonces se encuentra estrechamente ligada con un esfuerzo colectivo, que traduce el principio de solidaridad y que se concreta, entre otros, tanto en los subsidios que se otorgan para garantizar las pensiones, como en los que se dan a las clases menos favorecidas para que completen el valor de sus cotizaciones. Y esa solidaridad es inter e intrageneracional justamente porque quienes hoy cotizan pueden llegar a ser subsidiados en el futuro cuando satisfagan sus requisitos pensionales.

7.10. En ese sentido, la disposición demandada tiene por objetivo concretar el principio de solidaridad en el sistema pensional, a la par que es un mecanismo que se utiliza para otorgar un equilibrio al sistema lo que revierte en su sostenibilidad, todo lo cual constituye una finalidad importante, además de ello es adecuada, en tanto lo que se busca al fijar las 50 semanas -que corresponde en los cálculos actuariales a un año- ***es incentivar la permanencia en la cotización, que como se ha insistido es determinante para la ampliación de recursos en el régimen de prima media con prestación definida. Más tiempo cotizando supone más recursos para financiar las obligaciones ya causadas y esto hace que la medida sea adecuada.***

7.11. Por demás ese mecanismo no afecta el reconocimiento de la pensión, por el contrario, incentiva que el valor se aumente, sin que ello comprometa su existencia. En todo caso y dada la finalidad de ampliación de cobertura del derecho fundamental a la seguridad social esa fórmula para aumentar el porcentaje del monto pensional ha sido utilizada de manera constante en el régimen de prima media, incluso antes de que entrara en vigor la Ley 100 de 1993. Así el artículo 16 del Decreto 3041 de 1966 disponía el incremento del 1.2% por cada 50 semanas adicionales a las mínimas; luego el Decreto 2879 de 1985 en su artículo 1 contemplaba que se elevaba en un 3% por cada 50 semanas adicionales a las 500 y esta misma prescripción se mantiene en el artículo 20 del Decreto 758 de 1990. También se encontraba en el artículo 34 original de Ley 100 de 1993, al definir que por cada 50 semanas adicionales a las 1000 y hasta las 1200 se incrementaría la pensión en un 2% y de 1200 a 1400 semanas en un 3% hasta llegar al tope del 85%. Entonces, al prescribir el inciso final del artículo 10 de la Ley 797 de 2003 que el aumento porcentual es de 1.5% por cada 50 semanas adicionales a las mínimas puede afirmarse que se ha mantenido la formula, en lo que a ese aspecto atañe.

7.12. La claridad de la disposición y la finalidad que la misma incorpora, tal como se ha explicado, permiten sostener que el legislador no afectó ningún derecho fundamental y que, por el contrario, utiliza ese mecanismo, en atención a su amplio margen de configuración, para hacer viable el régimen de prima media, permitiendo su estabilidad y de ese modo efectivizar la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, su ampliación progresiva a sectores menos favorecidos, que tienen limitación en mantener cotizaciones constantes y por ende que son susceptibles de quedar desprovistos de protección durante la vejez. Es decir, a la par que asegura la sostenibilidad financiera del sistema, promueve los principios de universalidad y solidaridad, sin vulnerar el contenido del artículo 48 constitucional. De allí que el inciso final del artículo 10 de la Ley 797 de 2003 deba declararse exequible.

De las normas citadas, resulta evidente que los perjuicios ocasionados por las AFP por razón de sus acciones u omisiones al momento de la afiliación, los debe asumir la respectiva administradora, de conformidad con las normas vigentes al momento y dispuestas por el estatuto de seguridad social, de las que se advierte no existe ninguna, que genere la obligación de recibir al demandante cuya afiliación resulta ineficaz, por cuenta de hechos absolutamente ajenos a Colpensiones.

A2

CONCLUSIONES IV.

Por lo expuesto resulta sustentado afirmar: Que Las normas de seguridad social son suficientes para juzgar las pretensiones de ineficacia de la afiliación, deben ser aplicadas conforme a los mandatos del debido proceso en especial las de los principios de inescindibilidad, irretroactividad de la ley, integración y remisión, contenidos en las normas y jurisprudencias citadas; que la ineficacia de la afiliación produce efectos a cargo de quien incurrió con su acción u omisión en la causación de un perjuicio, en este caso a cargo de la respectiva AFP; que no puede atribuirse efecto ni resarcimiento alguno a cargo de un sujeto que no intervino ni en la decisión del afiliado de trasladarse de régimen ni en el acto de afiliación, ni mucho menos en la deficiente información invocada; que resulta trascendente juzgar el acto de afiliación de manera oportuna, ya que el aporte de la cotización en un sistema de reparto simple, cumple su objetivo de contribuir al pago de las pensiones ya causadas, y, hacerlo inoportunamente desfigura el sentido de la contribución, de la solidaridad y de la sostenibilidad financiera del sistema.

Las pruebas que se practicaron dan sustento factico a las conclusiones anteriores en la medida en que demuestran la fecha de afiliación de la demandante, la ausencia de participación de Colpensiones en el acto de traslado, y la falta de demostración de perjuicios a cargo de PORVENIR S.A., como resulta evidente de los siguientes medios:

Del documento visible a folio 45, se evidencia formulario de afiliación a PORVENIR S.A, a partir del 19 de febrero de 2001. Igualmente se corrobora que se vinculó al sistema general en pensiones, el 01 de enero de 1994, realizando aportes a CAJANAL (folio 18), mientras que COLPENSIONES, aduce a través de la certificación visible a folio 140, que no encontró registro de afiliación de la demandante.

Del interrogatorio de parte, absuelto por la señora MARÍA STELLA TIMOTE ACOSTA, se estableció que para la fecha de afiliación al RAIS, laboraba como escribiente en el Juzgado 72 Penal Municipal. Así mismo aseguró que firmó el formulario de vinculación a dicho régimen de manera voluntaria y consciente, pero bajo engaños, porque tan solo le informaron "*que era lo mejor que había*",

pero que nunca le señalaron las consecuencias o perjuicios que le ocasionaba el cambio de régimen pensional. Que no hizo uso del derecho de retracto, porque no le entregaron copia del formulario y que para el año 2010, creyó estar afiliada a COLPENSIONES, porque en los desprendibles de nómina aparecía descuento con destino a esta última entidad.

Por otra parte a folio 46 aparece un documento de fecha 19 de febrero de 2001, suscrito por la demandante en el que se indica: "*Luego de haber recibido la asesoría amplia y suficiente, conozco y entiendo las implicaciones legales que tiene mi decisión de trasladarme al Régimen de Ahorro Individual por medio de la solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Porvenir S.A., que hoy firmo y adjunto a la presente. Así mismo consciente que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 soy una persona que se encuentra en régimen de transición y que gozo de un tratamiento especial en el cumplimiento de requisitos para acceder a la pensión de vejez respecto de los afiliados que se encuentran íntegramente bajo el esquema de la ley (sic) 100 de 1993, les ratifico mi decisión de vincularme al fondo de pensiones Porvenir y pensionarme con las condiciones vigentes para este régimen*"

Adicionalmente, el traslado se efectuó en el año 2001 y solo hasta el 2013, la actora se interesó por su situación pensional (folio 19 y 45), lo que da cuenta que la solicitud no se realizó oportunamente y dentro de los plazos previstos, y acceder a las suplicas de traslado o retorno al RPM desfiguraría el sentido de la contribución, de la solidaridad y de la sostenibilidad financiera del sistema.

De las pruebas citadas se establece tanto la fecha de la afiliación de la demandante, como la ausencia de demostración de perjuicios a cargo de la AFP PORVENIR S.A., además de determinarse que Colpensiones, no participó en al acto de afiliación al RAIS, porque ni patrocino su traslado, ni intervino en dichas diligencias, más cuando no se evidencia registro de afiliación a esta entidad.

183

Por las razones expuestas, se declarara la falta de presupuestos procesales para aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993; se revocarán la condenas impuestas a PORVENIR S.A., por ausencia de la demostración de perjuicios causados con ocasión de la afiliación, a la luz de lo dispuesto el artículo 10 del Decreto 720 de 1994 y, se revocaran las condenas impuestas a Colpensiones, por ser ajena a la decisión de traslado de régimen tomada por la afiliada, ajena a las invocadas deficiencias en el deber de información, y por no participar en acto contractual alguno, que le pueda imponer restituciones de ninguna clase a la luz del artículo 1746 del Código Civil, habida cuenta que el acto de afiliación no tiene carácter contractual y la norma en cita no aplica a la regulación de actos de la seguridad social que tienen regulación propia, sin que pueda acudirse a un estatuto ajeno.

Sin costas en esta instancia, las de la primera instancia se revocan y se imponen a la demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR que de conformidad con los precedentes jurisprudenciales citados, la seguridad social es un derecho autónomo y las normas de su estatuto contenidas en la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, regulan íntegramente el acto de afiliación a un régimen pensional, las competencias y sanciones en caso de infracción a la libertad de elección.

SEGUNDO: DECLARAR que, de conformidad con los precedentes jurisprudenciales citados, las normas reguladoras del acto de afiliación deben aplicarse integralmente, sin posibilidad de fraccionarse, ni tomar parte de una y otra para dar paso a una tercera que se ajuste al caso.

TERCERO: DECLARAR que la ineficacia del acto de afiliación a un régimen pensional a causa de la deficiencia en el deber de información debe sujetarse integralmente a lo dispuesto en el artículo 271 de la ley 100 de 1993,

CUARTO: DECLARAR que el deber de información está a cargo de las administradoras de pensiones, en la forma en que se establecido en las normas citadas en los precedentes jurisprudenciales en sus diferentes etapas y, que su aplicación tiene efecto general inmediato y no retroactivo.

QUINTO: DECLARAR que en Colombia coexisten dos regímenes pensionales administrados por sujetos de derecho privado, en el caso de las AFP y público de carácter especial en el caso de Colpensiones, que compiten libremente en la captación de afiliados y son excluyentes.

SEXTO: DECLARAR que no hay presupuestos procesales para dar aplicación a la ineficacia del acto de afiliación demandado, con fundamento en lo preceptuado en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, en virtud de que su aplicación debe hacerse integralmente, atendiendo al principio de inescindibilidad y son las autoridades administrativas allí señaladas las competentes.

SEPTIMO: DECLARAR que el juzgamiento de validez del acto de afiliación y sus consecuencias, debe hacerse a la luz del estatuto de seguridad social contenido en la ley 100 de 1993 y sus modificaciones, en atención al principio de integración normativa.

OCTAVO: DECLARAR que el acto de afiliación al sistema pensional nace de una obligación legal, es unilateral de adhesión y sometimiento a las condiciones impuestas por el legislador y a las modificaciones que este imponga en leyes posteriores.

NOVENO: DECLARAR que el acto de afiliación a un régimen pensional no tiene carácter contractual y en consecuencia sus requisitos y efectos no nacen de la voluntad de los sujetos que en el intervienen sino de las disposiciones contenidas en la ley.

184

DECIMO: DECLARAR que Colpensiones y la AFP PORVENIR S.A. son sujetos de derecho que administran dos regímenes pensionales que coexisten, compiten entre sí, son excluyentes y sus obligaciones son autónomas frente a los actos del afiliado en materia de elección y afiliación libre a cualquiera de los dos.

ONCE: DECLARAR que el acto de afiliación determina la forma de financiamiento de la pensión y no de su monto, razón por la cual no involucra un derecho subjetivo del afiliado sobre este último.

DOCE: DECLARAR que el deber de información está sometido en su contenido a las normas vigentes al momento en que se realizó la afiliación al régimen pensional y no pueden aplicarse normas posteriores, en virtud del principio de irretroactividad de la ley.

TRECE: DECLARAR que cualquier daño que se ocasione al afiliado por incumplimiento en los deberes de la AFP o de sus funcionarios, debe ser resarcidos por estas en atención a lo dispuesto en el Decreto 720 de 1994.

CATORCE: DECLARAR que los efectos legales de la afiliación a un régimen pensional no surgen de acuerdos entre el afiliado y la administradora escogida sino de la ley y, en consecuencia, los mismos no pueden tornarse en perjuicios a cargo de la administradora.

QUINCE: DECLARAR que Colpensiones es ajena al acto de afiliación de la demandante y al deber de información a cargo de las AFP, a la luz de las normas vigentes para el mes de febrero de 2001, fecha del traslado a PORVENIR S.A. y, no pueden aplicarse las disposiciones posteriores que establecieron la doble asesoría.

EN CONSECUENCIA:

PRIMERO: SE REVOCAN las condenas impuestas a la AFP PORVENIR S.A. y se absuelve de las mismas por no haberse probado perjuicio alguno a su cargo de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, sin que las obligaciones establecidas en la ley puedan tornarse en tales.

SEGUNDO: SE REVOCAN las condenas impuestas a Colpensiones, en razón a que la afiliación de la actora al RAIS y cualquier posible perjuicio derivado de la misma, son producto de la voluntad y decisión unilateral de la demandante, que optó por cambiar la forma de financiación de su pensión, sin su intervención; constituyéndose en un hecho ajeno en el que no participó Colpensiones, por lo que ningún perjuicio pudo causar y, en consecuencia, ningún daño debe reparar.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, las de la primera instancia se revocan y se imponen a la demandante.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA Aclaración de voto.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Salvamento de Voto

Última hoja del proceso Proceso Rad. n.° 028-2017-00144-01, promovido por María Stella Timote Acosta contra Colpensiones y otro (revoca condenas a COLPENSIONES y PORVENIR S.A.)

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Radicacion 28-2017-00144-01

DEMANDANTE: MARÍA STELLA TIMOTE ACOSTA

DEMANDADO : COLPENSIONES Y OTROS

ASUNTO : SALVAMENTO DE VOTO

AUTO

Con el debido respeto las razones por las cuales discrepo de la decisión tomada por la mayoría de la Sala están consignadas en la ponencia que anexo a la presente.

En la fecha, 25 de septiembre de 2020

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación 28-2017-00144-01

Bogotá D.C., 28/19 de dos mil diecinueve (2019)

DEMANDANTE: **MARIA STELLA TIMOTE ASCOSTA.**

DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PORVENIR SA.

ASUNTO : **APELACION PORVENIR-CONSULTA COLPENSIONES**

PROYECTO DE SENTENCIA. PRESENTADO POR EL SUSCRITO PONENTE A LA SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL.

En la fecha, se constituye la Sala Segunda de Decisión Laboral en audiencia pública, a fin de proferir sentencia de segunda instancia sobre el proceso de la referencia, el cual se profirió fallo por el juzgado 28° Laboral del Circuito de Bogotá el dia 28 de noviembre de 2018. Presentes en la audiencia: 1-Dte: 2-Apdo: 3-DDo. 4-Apdo:

No observándose irregularidad que invalide lo actuado, se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) MARIA STELLA TIMOTE ASCOSTA instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES , y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 2 a 20 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la nulidad o sin efecto el traslado efectuado, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad AFP PORVENIR SA el 1 de abril de 2001, por falta de información suficiente y vicios del consentimiento.
- Que se condene a Colpensiones a afiliar a la demandante en el RPM, y recibir los aportes.
- Que se condene a la AFP PORVENIR SA a trasladar a Colpensiones los aportes cotizados, bonos pensionales y rendimientos sin descuento alguno.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 66 a 75), la AFP PORVENIR SA (fls. 35 a 65) de acuerdo al auto visible a folio 76. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El **JUZGADO 28 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 26 de noviembre de 2018, declaro ineficaz el traslado efectuado por la demandante al RAI administrado por AFP PORVENIR SA , declarando como aseguradora del demandante a Colpensiones. Condeno a la AFP PORVENIR SA a devolver la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos financieros, junto con los gastos de administración a Colpensiones; ordeno a Colpensiones actualizar la historia laboral del actoral. Impuso costas a los demandados.

Apelo el fallo Porvenir SA

PARTE DEMANDADA PORVENIR 34.53
Siendo esta la oportunidad pertinente manifiesto que interpongo recurso de apelación contra la sentencia emitida por el despacho en los siguientes términos. Considero que dentro del presente proceso se está dando aplicación de manera errónea a la sentencia 31989 de acuerdo a los apartes referidos del despacho cuando indica que a la demandante no se le dio la debida información. Sin embargo, considero que es una aplicación de manera automática de esta sentencia y la única condición que tuvo la parte demandante para el traslado fue educa la realidad de la afiliación y aducir que no se le dio la información pertinente, según por una jurisprudencia. Sin embargo considero que al haberse emitido esta sentencia no se tuvo en cuenta que a la demandante le asiste una prohibición legal y mi representada pues ha actuado en consideración a esa aplicación por cuanto la demandante al 1 de abril de 1994 no contaba con 750 semanas, razón como se observa en el historial laboral de la OVP, contaba con 124 semanas.
Así mismo, la cual esta es un condición principal de las semanas para que sea del régimen de transición y para que en efecto hubiese sido trasladada en cualquier momento, así considero que no se estudió ni siquiera de forma referencia a cualquier acto de defensa por parte de mi representada y por la cual también conforme se observa en la documental le fue negada dicho traslado por COLPENSIONES, argumentando que le asistía una prohibición legal y así en efecto como mi representada lo dijo. Es así que considero que la demandante pretendió o adujó unos hechos y alegó también las pretensiones y estas fueron despachadas favorablemente, pese a que no se probó esos vicios del consentimiento, ya que cuando el demandante o la demandante solicita una nulidad tenemos que saber que si lo que pretende probar es un engaño ha debido probarlo en el proceso, por tanto que debemos referirnos que el CC es el que establece los vicios del consentimiento, si aduce un engaño ha debido probarlo, pero considero que la única formalidad que tuvo la parte demandante para obtener su derecho el traslado la cual fue objeto de condena fue simplemente la formalización de su demanda sin controvertirse prueba alguna. De otra parte, solicito manifiesto que no puede aplicarse esta sentencia ya que la demandante como se observa del hecho del proceso no hay documental prueba alguna del engaño, diferente como se encontró en la sentencia 31989 allí sí se evidencia ese engaño y de luego por ello es que consecuencialmente esta sentencia ya recopilando y ya trayendo este deber de información, pero precisamente porque en esta sentencia sí se encontró en ese caso sí se encontró esos vicios del consentimiento, sí habían errores, sí existía el engaño, hasta vez que le prometieron una pensión superior a una persona que estaba aportes a tan solo 1 año de obtener un derecho pensional y fue trasladada en ese caso en esa sentencia en ese proceso, una persona que se encontraba a menos de 10 años de obtener un derecho pensional, es decir fue trasladada a 1 año y esa persona ya tenía un derecho pensional legítimo. La demandante para la fecha en que se vinculó con PORVENIR no tenía ninguna expectativa legítima.
De otra parte, considero que invertir la carga de la prueba de manera automática se legitima a mi representada en razón a que vulnera el derecho de defensa, ya que automáticamente se descarga la carga de la prueba a mi representada cuando la parte demandante simplemente aduce unos hechos y no demuestra los hechos fácticos en su proceso. Ahora, en la parte resolutiva el despacho ordena que se declare ineficaz el traslado de la vinculación y ordena a PORVENIR trasladar los aportes, bonos pensionales, sumas adicionales y demás sin haberlo tenido en las consideraciones de la sentencia ni en la parte constitutiva, considero que no era pertinente aducir esta situación en la última parte sino en la parte de la consideración y asimismo tampoco habría lugar a trasladar dichos aportes en consideración que la parte demandante se encuentra válidamente vinculada a PORVENIR conforme el artículo 13 de la ley 100 de 1993, por tanto que hizo uso de su derecho de escogencia al RAIS, y no es factible que después de 20 años, 15 años pretenda esta nulidad cuando se observa claramente que la demandante durante el transcurso del tiempo ha tenido el libre albedrío o haber retomado en su oportunidad al seguro social hoy COLPENSIONES o haberse vinculado a Régimen de prima media, vemos también que existen los deberes que como persona tenemos deberes, derechos y obligaciones y en el presente proceso considero que hay una negligencia por parte de la demandante, ya que simplemente a última hora pretendió averiguar su derecho pensional.
De otra parte, observo que dentro de la prueba testimonial se aprecia de una manera general tal vez que se refiere cuando se refiere en la sentencia donde "El testigo presenció las reuniones de las AFP". Considero que esa es una apreciación general y no directamente que le hubiera costado en razón a que hubiese estado presente en el momento que se le dio la asesoría al demandante. Considero también que se están haciendo unas conclusiones que no fueron probadas en el proceso referente a los traslados de los aportes, pues en efecto la demandante se encuentra válidamente vinculada por tanto no hay lugar a bonos pensionales ya que mi representada no es emisor, es improcedente, tampoco hay lugar a pagar sumas adicionales por tanto que las sumas adicionales se pagan en consideración a la procedencia de una pensión de sobrevivencia o una pensión de invalidez y el que haga esta suma adicional desde luego lo paga la Aseguradora Previsional, que en este caso no compete a la parte demandante en consideración que no se ha generado ese riesgo de invalidez o pensión de sobreviviente, por tanto no se puede, es improcedente, es ordenar a mi representada a lo imposible a regresar una suma que no es posible, por lo tanto que surgen por esas situaciones ya referidas. Tampoco a comisiones ya que la demandante no gozaría y es una prueba que no puede desvirtuar la parte demandante no se probó dentro de la sentencia que mi representada no haya cubierto los riesgos de invalidez, vejez y muerte. Se observa en el proceso que la demandante nunca solicitó sus derechos pensionales y no puede obtener que no se le sea negado, simplemente solicito por ello a los H. magistrados se absuelva a mi representada en consideración a que no puede ser aplicado de manera directa la demandante la sentencia 31989, por tanto que se encuentra en un caso totalmente distinto y aunado a lo discutido en esa sentencia, por parte solicito se absuelva a mi representada de estas condenas y en caso de que se ordene o se confirme, solicito se absuelva a mi representada de las costas ya que observemos que no obra ni mala fe de mi representada, no obra que mi representada le hubiera dado información errónea y ya que simplemente la sentencia se despliega por una solicitud que ha hecho la parte demandante que no muestra, que no logró demostrar en el proceso o demostró esos hechos fácticos. Así dejo sustentado mi recurso de apelación para que se absuelva mi representada conforme a la solicitud planteada."

Procede la sala a resolver la apelación, ademas el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art 69 del CPT y la SS para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA efectuado por el (la) señor (a **MARIA STELLA TIMOTE AOSTA** el día 19 de FEBRERO de 2001 ; **2-.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PORVENIR SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA, el 19 de FEBRERO de 2001 con fecha de efectividad el 1 de abril de 2001 (fls. 45 y 48vuelto).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos del precedente con razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 de 2008 complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma fecha, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAI cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones Esta línea se continuó con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10° del decreto 720 de abril 6 de 1994 Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica, es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Esta línea jurisprudencial ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados

por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAI mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19 SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demas pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de regimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

4- Que la carga de la prueba está a carço de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este ultimo es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de traslado del régimen, de prima media con prestación definida al de ahorro individual no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación

En el caso presente los fondos demandado en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 66 a 75), la AFP PORVENIR SA (fls. 35 a 65), solo adjuntan como pruebas: Colpensiones el reporte de semanas cotizadas; Porvenir SA: El formato de solicitud de afiliación, formato de haber recibido asesoría, historia de vinculaciones del SIAFP, historia de novedades del SIAFP, relacion de aportes, resumen de historia laboral de Minhacienda, historia laboral válida para bono pensional certificación de afiliación a porvenir, y edicto emplazatorio del tiempo;

En decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 19 de febrero de 2001 fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la

obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión tampoco le advierten las graves consecuencias de perder el régimen de transición pues al tener más de 35 años al entrar a regir la ley 100/93 perdería la transición que le permitiría pensionarse a los 55 años, es decir que el fondo privado estaba en la obligación no solo de asesorar correctamente a la solicitante, en las ventajas y desventajas del RAI, sino a negar la afiliación que claramente le perjudicaba. tampoco le proyectaron la mesada a percibir por el(la)la demandante tanto en el RAI como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAI y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts 4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor no a legan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Conforme lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art 12 del Decreto 720 de 1994 en cuyos términos.

"***Artículo 12. OBLIGACION DE LOS PROMOTORES.*** *Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.*
Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes."

De manera que, la demostración de que el afiliado recibió toda la información requerida y necesaria para que su traslado del régimen de prima media al RAIS se produjera de forma suficientemente informada es decir con plena conciencia de sus alcances, es una carga que tal como se dejó sentado en la jurisprudencia citada se traduce en **un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada**, y no se suple con la mera constancia de que la selección del régimen se efectuó en forma libre, espontánea y sin presiones, como lo pretende la parte demandada

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

Al tenor de lo expuesto anteriormente, considera la Sala que a pesar de que la afiliación se realizó con el lleno de los requisitos legales, aportando para el caso en concreto el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR SA (fl.45), per se no implica que se haya proporcionado a la parte demandante toda la información necesaria y relevante para adoptar una decisión suficientemente informada y documentada acerca de los alcances del traslado de régimen pensional tal es el caso de suministrar ilustración suficiente acerca de los beneficios y desventajas de uno y otro régimen en cada caso particular, en tanto como lo señala la jurisprudencia en cita, la nulidad producto del engaño en el traslado del régimen pensional *«no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo*

aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue» por quien manifiesta su interés en el traslado, lo que configura una anomalía de tal grado que vicia el consentimiento y por tanto justifica la declaración de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, máxime si se tiene en cuenta que no se acredita dentro del plenario que se le haya proporcionado información a la parte actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, "dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)" por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

De otra parte, el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que menoscabe dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia

Finalmente, en cuanto a la apelación de PORVENIR SA se encuentra totalmente infundada, pues su dicho corrobora totalmente los hechos de la demanda, pues afirma que el demandante tenía la carga de la prueba, que no probo la nulidad y que debía probar los vicios del consentimiento, y que no demostró ningún perjuicio porque no tenía ninguna expectativa legítima; pues precisamente la carga de la prueba recaía en el fondo privado, al así disponerlo la ley y la jurisprudencia, y en cuanto al desconocimiento de la ley y que no demostró los vicios del consentimiento, es precisamente la ley que debía conocer el fondo apelante, para haberle explicado a la demandante las incidencias de su traslado y el menoscabo de su futuro pensional, expectativa tan legítima como que al haber nacido el 8 de febrero de 1957, para el 1 de abril del 94 tenía 37 años, por lo que gozaba del régimen de transición que le permitiría pensionarse a los 55 años, lo que hace, totalmente inviable las argumentaciones del fondo apelante, por lo que se despacharan desfavorablemente.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 19 de febrero de 2001, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** en su integridad el fallo proferido en primera instancia.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo*

COSTAS. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2018 por el Juzgado 28º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia

Queda notificada en estrados la presente decisión

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

DAVID A. J. CORREA STEER
Salvamento de Voto

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
Salvamento de Voto.

AUTO:

Como quiera que la presente ponencia ha sido derrotada, **remítase a secretaria** mediante auto separado, para que se abone el presente proceso al **Magistrado que sigue** en turno, HM. DAVID A. CORREA STEER, a quien corresponde **presentar** nueva ponencia, y la ponencia del suscrito derrotada, se constituirá en el **salvamento de voto.**

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado.

La presente decisión se notifica en estrados.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CAROLINA CAMARO COLMENARES contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., OLD MUTUAL S.A., COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

RADICADO: 11001 3105 016 2017 00437 01

Bogotá D. C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

En atención al auto precedente, que ordenó la remisión del expediente a este despacho, dado que la ponencia inicial no fue acogida por la mayoría de los magistrados integrantes de la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se procede a resolver el recurso de apelación presentado por PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A. y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de julio de 2019.

Igualmente se advierte que la apoderada de la parte demandada COLPENSIONES, presentó escrito de alegaciones solicitando la absolución de las condenas impartidas en primera instancia, bajo el argumento que la afiliada no probo vicio alguno en el consentimiento para la fecha en que efectuó el traslado al RAIS.

Entre tanto PROTECCION S.A. alegó que en el caso de la actora no existió ineficacia del traslado de régimen pensional, ya que ella efectuó dicho acto

jurídico, de manera voluntaria y libre, y sujeto a las normas vigentes para dicha calenda.

Finalmente, la demandante en su escrito de alegaciones peticiona la confirmación de la sentencia de primera instancia, ante la falta de asesoría previa y durante la afiliación.

Por lo anterior se procede a decidir de fondo la siguiente sentencia:

I. ANTECEDENTES

La señora CAROLINA CAMARO COLMENARES, pretende se declare la nulidad del traslado que efectuó al Régimen de Ahorro Individual, inicialmente a través de PORVENIR y con posterioridad a otros fondos de pensiones. Como consecuencia de la anterior declaración, solicita se declare que, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES, entidad a la cual se deben trasladar los ahorros depositados en su cuenta, junto con los rendimientos financieros, así como activar su afiliación y actualizar su historia laboral. Sustentó sus pretensiones, en que nació el 20 de mayo de 1961, que se trasladó al RAIS en mayo de 1995, fecha para la cual había cotizado un total de 410 semanas al ISS. Aseguró que el asesor de PORVENIR S.A., no le informó sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional. Que igual situación ocurrió cuando se vinculó a COLFONDOS, OLD MUTUAL y PROTECCION S.A., entidad esta última a la cual se encuentra actualmente afiliada. Finalmente aseguró que peticionó ante las entidades convocadas a juicio, la nulidad del traslado efectuado al RAIS, pero que los fondos privado no accedieron a su requerimiento, mientras que COLPENSIONES, no atendió su petición.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 25, 48 y 53 de la C.P., artículo 13, 33 y 288 de la Ley 100 de 1993, Decreto 656 de 1994, Decreto 692 de 1994, artículos 1502, 1508, 1510, 1511, 1740, 1741, 1742, 1746 del C.C. Así como las sentencias con radicación 31989 y 31314 de 2008, y 33083 de 2011 proferidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece de folios 2208-214 del plenario, donde se opone a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, al enunciar que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual, ya que no probó error, fuerza o dolo, en la afiliación que realizó al RAIS, por el contrario se acreditó que la accionante de manera voluntaria, decidió cambiarse de régimen pensional. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe e innominada o genérica.

Por su parte, OLD MUTUAL S.A. dio contestación a la demanda como se observa a folios 238-253, mediante la cual se opone a las pretensiones incoadas en el escrito inicial, manifestando que desconoce la información que le brindó PORVENIR a la afiliada, para la fecha en que se efectuó el traslado de régimen pensional, ya que no estuvo presente en dicho acto jurídico. Además aseguró que desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, ha cumplido con el deber de información exigido por la Superfinanciera, adicional a que ha resuelto y asesorado la situación pensional de la demandante. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, pago y genérica.

Entre tanto PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda como se observa a folios 292, mediante la cual se opone a las pretensiones incoadas en el escrito inicial, manifestando que la actora tomo una decisión informada, consciente y libre de presiones, toda vez que en señal de ello suscribió el formulación de vinculación o traslado al RAIS. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica.

Mientras tanto PROTECCIÓN S.A., luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, adujo que la señora CAROLINA CAMARO COLMENARES, se trasladó al RAIS, de manera libre, consciente y sin ningún tipo de presión, además de no haberse probado vicio en el consentimiento. Adicionalmente indicó que en el caso de haberse configurado alguna causal de nulidad, la misma ya se encontraría saneada, ante su ratificación de permanecer vinculada al RAIS. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación.

Por último, COLFONDOS S.A se opuso a la prosperidad de las pretensiones enunciadas en el escrito de demanda, adujo que la vinculación a la entidad, obedeció al cambio de administradora, por lo que considera que no se debe emitir condena alguna en su contra, ya que no realizó el traslado, como tampoco es el fondo actual que administra los recursos de la accionante. Finalmente preciso que la determinación de traslado fue valida, por cuanto se efectuó con el cumplimiento de los requisitos legales. Propuso entre otras las excepciones de validez de la afiliación al RAIS, buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación en cabeza de COLFONDOS S.A., innominada o genérica (folio 400-407).

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 17 de julio de 2019, el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"**1. DECLARAR** la ineficacia del traslado hacia el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que efectuó la demandante, señora CAROLINA CAMARO COLMENARES, identificada con C.C. N.° 27.632.731 el día 17 de abril de 1995 al fondo de pensiones HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR y por consiguiente se condena al actual fondo de pensiones y cesantías al cual se encuentra afiliada la demandante, es decir, a PROTECCION S.A. a trasladar la totalidad de valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, lo que incluirá los rendimientos que haya tenido la cuenta de Ahorro Individual y sin que sea admisible el descuento de gastos de administración en contra de la señora demandante.*

2. COMO CONSECUENCIA *de la ineficacia declarada en el numeral primero que antecede, el Juzgado asimismo, declara sin efectos las afiliaciones posteriores a mayo de 1995, que efectuó la demandante a los fondos de pensiones privados OLD MUTUAL S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCION S.A. por las razones esgrimidas en la parte motiva de la presente providencia.*

3. CONDENAR *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a recepcionar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro Individual de la demandante que le serán entregados por la AFP PROTECCION S.A. conforme al numeral primero de la presente providencia y asimismo a actualizar la historia laboral de la demandante con base en los mencionados recursos para que en adelante y para todos los efectos y como efectivamente lo declara el Juzgado se entienda que la única afiliación valida de la demandante al Régimen de Seguridad Social Integral en pensiones es la que efectuó al Instituto de Seguros Sociales desde el 16 de marzo de 1984 la cual es administrada por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones.*

4. Se declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

5. CONDENAR EN COSTAS de la instancia a las entidades demandadas en favor de la demandante, practíquese la liquidación por secretaría incluyendo el monto de un salario mínimo mensual vigente como valor de la agencias en derecho en contra de PORVENIR S.A., y en contra de cada una de las restantes demandada el valor de $200.000, por el mismo concepto, practíquese la liquidación por Secretaría.

Como fundamento de su decisión, el A-quo argumento que de conformidad con lo establecido en el artículo 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, así como en lo previsto en el Decreto 663 de 1993 y con base a las sentencias n.°31989 de 2008, 31314 de 2008, 33083 de 2011, 46292 de 2014, 54814 de 2018 y 68838 de 2019, dictadas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le correspondía a los Fondos de Pensiones demostrar que impartió al posible afiliado información completa, clara, oportuna y comprensible, pero que en el presente caso, ninguna prueba dio certeza de esta situación, por lo que había lugar a declarar la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante al RAIS.

IV. RECURSO DE APELACION PROTECCION S.A.

Adujo que, la línea jurisprudencial citada por el A-quo, no es aplicable al caso en concreto, ya que las situaciones fácticas analizadas por el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, difieren con las de la demandante, máxime cuando para la fecha de traslado no tenía un derecho adquirido. Aseguró que la misma accionante en el interrogatorio que le fuese practicado, confesó que recibió una doble asesoría por parte de PROTECCION S.A., por lo que considera que cumplió con el deber de información. Preciso que en el escrito de demanda se solicitó fue la nulidad de afiliación, más no la ineficacia. Finalmente manifestó que no era posible proferir condena por gastos de administración, ya que estos descuentos están autorizados por la Ley 100 de 1993, y generaron unos rendimientos a favor de la asegurada.

V. RECURSO DE APELACION PORVENIR S.A.

Indicó: *"Respecto de loa vicios del consentimiento alegados por el demandante al suscribir su traslado es cuestionable la respuesta que nos da el demandante en el interrogatorio de parte diciéndonos una y otra vez que se había trasladado de régimen porque el Instituto del Seguro Social se iba acabar, esto fue en el año 1995, cuando realizo su primera afiliación recordando que con el Decreto 2013 de 2012, se liquidó el Instituto del Seguro Social y tan solo en esa fecha Colpensiones asumió a sus afiliados, llamo la atención del despacho y de los Honorables Magistrados, valorar el caso en concreto en el cual el demandante omitió ese deber de diligencia, de actuar con suma diligencia y cuidado en averiguar sobre en un tema tan importante como es su futuro pensional, así mismo observamos su señoría que desde el año 1995, que se realizó la afiliación inicial, el continua trasladado y afiliado a los regimenes privados, es decir, han transcurrido 24 años con regularidad, y (sic) hizo tres afiliaciones con Porvenir, es decir, podía haber solicitado si no estaba conforme con la primera asesoría, podía haber solicitado re-asesorías en todas nuestras sedes de nivel nacional o a través de nuestras páginas de internet o todos los canales que tenemos abiertos, solicito al H. Despacho y a su señoría se revise el tema de las condenas en costas por el detrimento patrimonial que conlleva a mi representado, la buena fe, la inversión de la carga de la prueba, valorar nuevamente el interrogatorio realizado por el demandante, en cuanto al*

531

principio de legalidad se proceda a revocar el fallo de primera instancia y absolver a mi representada de las pretensiones incoadas."

VII CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66ª y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación de la demandante del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES S.A. y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso e indicando las razones que sustentan el distanciamiento de los mismos.

Para el efecto se expone lo siguiente:

NATURALEZA DEL ACTO JURIDICO DE AFILIACION, OBJETIVOS Y EFECTOS.

El acto jurídico de afiliación al sistema general de pensiones nace de la ley, que impone al trabajador dependiente e independiente vincularse al régimen pensional que libremente escoja, con el objeto de atender la forma en que se financiara su pensión de vejez, en las condiciones previamente establecidas por el legislador, a las que se somete el afiliado según el régimen elegido.

El acto de afiliación es en consecuencia, un acto condición, libre y voluntario, sometido a las normas previamente establecidas por el legislador y a los cambios que se introduzcan a partir de la expedición de nuevas leyes, sin la posibilidad de negociarlas, ni al momento de la afiliación ni cuando se producen los cambios, razón por la que se descarta la naturaleza contractual que algunos le asignan.

Debe resaltarse, que la escogencia del régimen pensional no tiene relación alguna con la determinación del valor de la mesada pensional, ni puede pretenderse anticipar o especular valor alguno de la misma, pues lo

que se determina con la escogencia de un régimen, es la forma como se acumularan los recursos para la financiación de la prestación.

El Estado Colombiano en el año de 1993, con el objeto de solucionar el problema de sostenibilidad financiera del sistema pensional, creó un particular modelo, en el que coexisten compiten y son excluyentes dos regímenes pensionales denominados de ahorro individual con solidaridad y el solidario de prima media con prestación definida; cuya diferencia en el modelo de financiación puede resumirse en que, en el primero es el capital acumulado en la cuenta individual del afiliado el que cubrirá el pago de la pensión; mientras el segundo la pagará con los dineros acumulados en un fondo común de naturaleza pública a partir de un modelo simple de reparto, que implica que el valor de las cotizaciones de los afiliados, cubren el pago de las mesadas pensionales.

Para sustentar lo antes afirmado, es pertinente remitirse a lo consignado en la C-086 de 2002, en la que, en referencia al tema de la afiliación, su naturaleza y el monto de la pensión, se consignó lo siguiente:

> *Además, el carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de seguridad social en pensiones supone que éste se configure, como lo ha sido, como un régimen legal en el que los aportes de los afiliados, como las prestaciones que deben reconocerse, sus requisitos y condiciones, vienen determinados no por un acuerdo de voluntades sino por reglas y principios que se integran en el ordenamiento jurídico y que, por ende, pueden ser modificadas por el legislador cuando las circunstancias históricas así lo impongan.*
>
> *El sistema de seguridad social en pensiones no tiene por finalidad preservar el equilibrio cuota-prestación, sino la debida atención de las contingencias a las que están expuestas los afiliados y beneficiarios, además porque el régimen de prestaciones de la seguridad social en pensiones no es un régimen contractual como el de los seguros privados sino, todo lo contrario, se trata de un régimen legal que de alguna manera se asienta en el principio*

532

contributivo en el que los empleadores y el mismo Estado participan junto a los trabajadores con los aportes que resultan determinantes de la cuantía de la pensión. De ahí que los afiliados a la seguridad social no ostenten un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa.

Y más recientemente en la C-083-2019, se refrenda lo antes expresado por la Corte, de la siguiente manera;

Para garantizar tal derecho, también lo ha explicado esta Corporación, en la reseñada Ley 100 de 1993, el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas
[...] Con fundamento en tal consideración, y tal como lo rememoró esta Corte en Sentencia C-078 de 2017 al resolver sobre la exequibilidad del inciso 4 del artículo 5 de la Ley 797 de 2003, en múltiples decisiones se ha señalado que el Congreso puede establecer la forma en la que se determina la pensión, o el tope de la misma, máxime cuando ello persigue concretar los principios de solidaridad y de sostenibilidad financiera, además de hacer efectivo el derecho a la pensión. Esto incluye "variar la situación jurídica de los destinatarios de una norma, siempre que esa decisión no implique el desconocimiento de los derechos adquiridos (artículo 58 de la Constitución)" tal como lo señaló cuando, en decisión C-089 de 1997, definió sobre la constitucionalidad del artículo 35 parcial de la Ley 100 de 1993.

[...] Así mismo, ha sostenido esta Corporación que el legislador no tiene la obligación de mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas en relación con las leyes vigentes en determinado momento, cuando quiera que su potestad configurativa permita darle prioridad al cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho, y siempre que consulte los parámetros de justicia y de equidad y se sujete a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. También ha explicado que tiene competencia para organizar el sistema de seguridad social en pensiones, a través, entre otros, de la creación de dispositivos de acceso, establecimiento de beneficios en cabeza de determinadas personas y fijación de requisitos, en el marco de los principios y valores constitucionales y con pleno respeto de los derechos adquiridos.

DE LOS REGIMENES PENSIONALES Y LAS VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE CADA UNO. RAIS – RPM.

Sobre las ventajas de uno u otro régimen pensional y la posibilidad de dar a conocer al afiliado una expectativa referida al monto pensional, se ha establecido desde el nacimiento de los mismos que no existe tal posibilidad, pues uno y otro régimen ofrecen beneficios diferentes, sin que pueda predicarse que unos son mejores o superiores. Igualmente, se ha dejado sentado que el RPM y el RAIS, coexisten son excluyentes y compiten entre sí por la captación de afiliados dentro de los marcos de fijados en la ley. Lo consignado en la C-956-2001 ilustra lo afirmado:

En varias oportunidades, esta Corporación ha precisado que, teniendo en cuenta que los regímenes de seguridad social son complejos e incluyen diversos tipos de prestaciones, en determinados aspectos uno de los regímenes puede ser más beneficioso que el otro y en otros puntos puede suceder todo lo contrario, por lo cual, en principio no es procedente un examen de aspectos aislados de una prestación entre dos regímenes prestacionales diferentes, ya que la desventaja que se pueda constatar en un tema, puede aparecer compensada por una prerrogativa en otras materias del mismo régimen.

537

En la C-082-2002, se expresó en el mismo sentido:

No puede haber desconocimiento del derecho a la igualdad pues la Ley 100 de 1993 contiene una regulación diferente para cada uno de los regímenes pensionales, apoyada en el principio de la libre elección que permite a los afiliados escoger el subsistema que más se ajuste a sus necesidades, de tal suerte que el futuro pensionado se somete por su propia voluntad a un conjunto de reglas diferentes para uno y otro régimen, y simplemente se hará acreedor a los beneficios y consecuencias que reporte su opción.

DE LAS LIMITACIONES AL TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL.

La permanencia y traslado de régimen no solo es un acto que impacta al afiliado en la forma como financiara su pensión, pues tal decisión afecta también en su conjunto las finanzas de uno y otro régimen. Al RPM porque en un sistema de reparto simple, el traslado de un afiliado implica una cotización menos al fondo común, de donde se pagan las pensiones vigentes. Al RAIS, porque altera las posibilidades de obtener mejores rendimientos en los diferentes portafolios de inversión. Por tal razón, el legislador decidió que estabilizar el número de afiliados en un tiempo prudente previo al de la fecha de causación de la pensión se hacía indispensable para sostenibilidad financiera y en consecuencia, limitó la posibilidad de traslado. El plazo se estableció en la Ley 797 de 2003, que limita la posibilidad de traslado de régimen a quien este a diez años o menos de cumplir la edad para acceder a la pensión, quedando consignadas las razones de su exequibilidad en lo expresado en la C-1024 de 2004, en los siguientes términos:

La medida prevista en la norma acusada, conforme a la cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, resulta razonable y proporcional, a partir de la existencia de un objetivo adecuado y necesario, cuya validez constitucional no

admite duda alguna. En efecto, el objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros. La validez de dicha herramienta legal se encuentra en la imperiosa necesidad de asegurar la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social en materia pensional a todos los habitantes del territorio colombiano, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia (C.P. art. 48). Así mismo, el objetivo de la norma se adecua al logro de un fin constitucional válido, pues permite asegurar la intangibilidad de los recursos pensionales en ambos regímenes, cuando se aproxima la edad para obtener el reconocimiento del derecho irrenunciable a la pensión, en beneficio de la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional.

El derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones que, por su misma esencia, pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato entre sujetos puestos aparentemente en igualdad de condiciones, tales como, el señalamiento de límites para hacer efectivo el derecho legal de traslado entre regímenes pensionales.

El derecho a la libertad de elección de los usuarios en cuanto al régimen pensional de su preferencia, es un derecho de rango legal y no de origen constitucional, el cual depende, en cada caso, del ejercicio de la libre configuración normativa del legislador.

CONCLUSIONES I:

534

Bajo las anteriores premisas y con fundamento en los pronunciamientos citados, resulta sustentado afirmar, en síntesis: Que la afiliación al sistema general de pensiones es un acto jurídico unilateral y de adhesión a las condiciones previstas en la ley para el RPM y para el RAIS; que la afiliación no tiene naturaleza contractual; que la elección debe ser libre y voluntaria; que las contingencias y obligaciones originadas en el acto de afiliación están contenidas en la ley y pueden ser modificadas por el legislador cuando las circunstancias lo ameriten; que la elección de un régimen pensional tiene por objeto escoger una forma de financiar la pensión y no un monto pensional; que la determinación de condiciones pensionales y expectativa de un monto pensional al momento de la afiliación no es posible, que no hay posibilidad de señalar como mejores unas que otras al momento de la afiliación; que los afiliados a la seguridad social no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa; que las condiciones de afiliación a un de régimen son un asunto de orden legal y no constitucional.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL FIJADO POR LA SALA DE CASACION LABORAL PARA SUSTENTAR LA INEFICACIA DEL ACTO DE AFILIACION AL REGIMEN PENSIONAL.

Sobre la ineficacia del traslado de régimen pensional, la jurisprudencia de nuestra Sala de Casación Laboral ha interpretado las normas que se refieren al deber de información de las AFP, definiendo que el incumplimiento al mismo imposibilita la libertad de elección de régimen pensional por parte del afiliado, determinado tres etapas en la regulación, consignadas entre otras en la CSJ-SL1452-2019, resumidas en el siguiente cuadro:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar 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	Ilustración de las características, condiciones,

	Art. 97, numeral 1 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	acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

La sentencia citada analiza el contenido del deber de información en cada una de las etapas, dejando en evidencia su evolución, pasando de uno menos concreto a uno con la puntualidad de comparar valores de la mesada pensional, lo cual tiene una razón lógica: Una cosa es suministrar información sobre expectativas pensionales durante los primeros diez años de desarrollos legales y económicos que acompañaron la aplicación de la Ley 100 de 1993 y, otra muy diferente, suministrar información después de veinte años, cuando entre otras cosas el afiliado ya tiene cumplido el tiempo y las cotizaciones o el capital para acceder al goce de la pensión por vejez, porque en este momento las variables que **no eran determinables**

535

en el año de 1994 (o para el caso en el año 1995-folio 280), se convierten en variables determinadas tanto por los cambios introducidos en la ley 797 de 2003, como por la verificación ya en concreto de las variables económicas que incidieron sobre los rendimientos financieros de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, que determinan el monto de la pensión en forma concreta.

Sobre la aplicación de la Ley en el tiempo, ha reiterado la jurisprudencia Sala de Casación Laboral, que las normas bajo las cuales se juzgan los actos jurídicos son las vigentes al momento de su ocurrencia, que en el caso de la demandante corresponden a las vigentes en el año 1995 en que realizó su afiliación al RAIS (folio 280), siendo las aplicables las contenidas en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto n° 663 de 1993; los artículos 4, 14 y 15 del decreto 656 de 1994, que dan marco al deber de información, en lo que se ha denominado la primera etapa.

Para examinar los contenidos de las normas citadas correspondientes a la primera etapa del deber de información y aplicables al caso por el año en que se produjo el traslado de la demandante, vale la pena hacer su transcripción:

LEY 100 DE 1993.

ARTICULO 13 b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.

ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR. El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad

Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

La lectura de la norma anterior permite establecer que el sujeto a quien va dirigida la protección es el afiliado, el derecho protegido es la libertad de elección de su régimen pensional, el infractor es el empleador y cualquiera otra persona que atente contra esa libertad, la sanción prevista es una multa, y, ***la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.***

Por su parte el Decreto 663 -Estatuto Orgánico del Sistema Financiero - de 1993, en el artículo 97 numeral 1°, expedido el 2 de abril de 1993 y publicado en el diario oficial el 5 de abril de 1993, prescribe:

1. Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.

El artículo 1° del mismo Decreto 663 de 1993 establece:

ARTICULO 1o. ESTRUCTURA GENERAL. El sistema financiero y asegurador se encuentra conformado de la siguiente manera:

a. Establecimientos de crédito.

536

b. Sociedades de servicios financieros.

c. Sociedades de capitalización.

d. Entidades aseguradoras.

e. Intermediarios de seguros y reaseguros

La norma transcrita fue expedida con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 -23 de diciembre de 1993- cuando todavía no existían las AFP.

Por su parte el Decreto n° 656 de 1994 en sus artículos 4,14 y 15 disponen lo siguiente:

ARTICULO 4o. *En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter previsional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.*

ARTICULO 14. *Las Sociedades Administradoras de Fondo de Pensiones tendrán, entre otras, las siguientes obligaciones:*
a) Mantener los activos y pasivos de los fondos que administren separados entre sí y de los demás activos de su propiedad. Igualmente, conservan actualizada u en orden de la información y documentación relativa a las operaciones de los fondos y a los afiliados;
b) Mantener cuentas corrientes o de ahorros destinadas exclusivamente a manejar los recursos que administran, las cuales serán abiertas identificando claramente el Fondo al que corresponde la cuenta respectiva;

c) Enviar a sus afiliados, por lo menos trimestralmente, un extracto que registre las sumas depositadas, sus rendimientos y saldos, así como el monto de las comisiones cobradas y de las primas pagadas. La Superintendencia Bancaria podrá autorizar a las administradoras el envío o disponibilidad de extractos por medios distintos a la correspondencia escrita;

d) Literal modificado por el artículo 55 de la Ley 1328 de 2009. Entra a regir el 15 de septiembre de 2010. Invertir los recursos del sistema en las condiciones y con sujeción a los límites que para el efecto establezca el Gobierno Nacional.

e) Cuando negocien activos de los fondos administrados, deberán expresar y dejar constancia en los títulos correspondientes del nombre del fondo por cuenta del cual actúan;

f) Abonar los rendimientos del fondo en la cuenta de ahorro pensional de cada afiliado y a prorrata de las sumas acumuladas en cada una de ellas y de la permanencia de las mismas durante el período correspondiente, según las instrucciones que al efecto imparta la Superintendencia Bancaria;

g) Garantizar a los afiliados de los fondos una rentabilidad mínima, que será determinada con base en la metodología que adopte el Gobierno Nacional teniendo en cuenta los parámetros señalados en el artículo 101 de la Ley 100 de 1993;

h) Adelantar las acciones de cobro de las cotizaciones retrasadas. Los honorarios correspondientes a recaudos extrajudiciales solamente podrán ser cobrados a los deudores morosos cuando estas acciones de cobro se adelanten por terceros cuyos servicios se contraten para el efecto.

Las cuentas de cobro que elaboren las administradoras por las sumas que se encuentren en mora prestarán mérito ejecutivo;

i) Atender oportunamente las solicitudes de retiro de excedentes de libre disponibilidad, incluidas las correspondientes a retiros de aportes voluntarios, que deberán ser presentadas con no menos de seis (6) meses de antelación. El preaviso de que trata el presente artículo no es renunciable por parte de la administradora;

537

j) Prestar, de conformidad con lo previsto en el literal b) del artículo 60 de ley 100 de 1993, asesoría para la contratación de rentas vitalicias, cuando ellas les sea solicitada por sus afiliados;
k) Publicar la información que determinen el Gobierno Nacional y la Superintendencia Bancaria de conformidad con sus facultades legales;
l) Devolver los saldos de que tratan los artículos 66, 72 y 78 de la Ley 100 de 1993 dentro de los mismos plazos máximos que se fijen para el reconocimiento de pensiones y, si a ello hubiere lugar, entregarlos de conformidad con el procedimiento previsto en el numeral 7o. del artículo 127 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero;
m) Las demás que señalen las disposiciones legales.

ARTICULO 15. *Todo fondo de pensiones deberá tener un plan de pensiones y un reglamento de funcionamiento aprobados de manera previa e individual por la Superintendencia Bancaria. El reglamento debe contener, a lo menos, las siguientes previsiones:*
a) Los derechos y deberes de los afiliados y de la administradora;
b) El régimen de gastos conforme a las disposiciones que establezca la Superintendencia Bancaria, y
c) Las causales de disolución del fondo.
El texto del reglamento, así como del respectivo plan, deberá ser entregado a cada afiliado a más tardar al momento de su vinculación.
Los reglamentos deberán ser redactados de forma tal que sean de fácil comprensión para los afiliados y la copia que de los mismos se entregue a éstos deberá emplear caracteres tipográficos fácilmente legibles.

PARAGRAFO. *Las modificaciones a los reglamentos de los fondos de pensiones deberán ser igualmente aprobadas de manera previa por la Superintendencia Bancaria.*

PARAGRAFO. *transitorio. A las personas que se vinculen a un fondo de pensiones durante los dos primeros meses de funcionamiento del*

mismo, el texto del reglamento podrá serles entregado a más tardar al vencimiento de dicho término.

De las disposiciones anteriores salta a la vista, que la relacionada con el caso es el artículo 4°, que hace responsables a las AFP en el grado de culpa levísima, por los daños que se puedan causar a los afiliados y la del literal j) del artículo 14 que impone un deber de asesoría, cuando así lo requiera el afiliado para la contratación de rentas vitalicias.

En lo que tiene que ver la aplicación del estatuto orgánico del sistema financiero – Decreto 663 de 1993 – como fuente del deber de información, resulta al menos forzada su aplicación, porque para entonces no existían las AFP como lo evidencia la fecha de su expedición y como lo confirma su artículo 1°, por lo que no puede esperarse encontrar un contenido material del deber de información sobre asuntos pensionales, o al menos no en la forma en que se describe en la jurisprudencia para esta primera etapa, al señalar que debe incluir referencias claras, precisas sobre las ventajas de cada régimen, el monto de la pensión, la perdida de régimen de transición, porque no existían ni las administradoras ni la Ley 100 de 1993.

DE LA NATURALEZA Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS SANCIONATORIAS EN MATERIA DE AFILIACION AL REGIMEN PENSIONAL.

Como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de nuestra Corte, la respuesta, reacción jurídica o sanción, al incumplimiento en el deber de información, es la ineficacia del acto de afiliación prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, al interpretar que tal falta atenta contra la libertad de elección prevista en el artículo 13 del mismo estatuto, porque, en síntesis, no puede ser libre una decisión desinformada.

El artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establece un régimen sancionatorio para el empleador o cualquiera otra persona que *impida o atente* contra la libertad de elección del régimen pensional, estableciendo la imposición de multas y que la afiliación quedará sin efecto y podrá hacerse nuevamente. La norma consagra una sanción, que es la imposición de una

538

multa por parte de una autoridad administrativa (Ministerio de Salud – Ministerio de Trabajo y Seguridad Social - Superintendencia de Salud) y, una penalidad accesoria, que deja sin efecto la afiliación para que el afectado pueda hacerla nuevamente.

Tales efectos jurídicos sancionatorios requieren para su imposición, la declaración de una autoridad administrativa de las allí señaladas, que son las competentes para que se declare la violación, se imponga la multa y surja la consecuencia accesoria de dejar sin efecto la afiliación para dar paso a una nueva, si el afectado así lo desea.

Siendo el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 la fuente invocada para dejar sin efecto la afiliación al régimen pensional, bien vale la pena recordar, que los regímenes sancionatorios solo pueden establecerse en leyes, siendo de la esencia de los mismos que solo el Congreso de la República pueda adoptarlos en virtud del principio denominado *reserva de ley*, e impone que las correspondientes sanciones solo puedan ser impuestas por las autoridades competentes, acatando el debido proceso, dentro del plazo previsto por la ley y con la dosificación señalada en ella. De otra parte, el Decreto n° 720 DE 1994 estableció lo siguiente:

CAPITULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1° OBJETO. *El presente Decreto regula las condiciones y términos para el desarrollo de la actividad de promoción y distribución de los productos de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones, incluidos los planes complementarios, alternativos y los planes pensiones.*

Artículo 2° DESTINATARIOS. *Igualmente señala las personas y entidades habilitadas para efectuar dichas labores, las disposiciones a las cuales han de sujetar su gestión, las condiciones de supervisión por parte de la Superintendencia Bancaria y el régimen sancionado correspondiente.*

CAPITULO IV. RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y ORGANIZACION DE LOS PROMOTORES.

Artículo 10. *RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.*

Las normas transcritas establecen la responsabilidad por los perjuicios que se causen a los afiliados, con ocasión de cualquier infracción, error u omisión de los promotores de las AFP, indicando que es responsabilidad de estas últimas; razón por la que cual esta disposición no permite trasladar los perjuicios de las omisiones en el deber de información a un sujeto de derecho, que como Colpensiones, no intervinó en la decisión del afiliado al momento de optar por el RAIS, ni es responsable del deber de información que impone la doble asesoría que solo se estableció a partir del año 2014 con la expedición de la Ley 1748.

Para el efecto resulta ilustrativo el contenido de la C-412 de 2015, que al referirse al régimen sancionatorio recordó la obligación de aplicar las garantías del debido proceso a la potestad de la administración en esta materia, referidos al principio de legalidad y de reserva de ley, respecto de los cuales expreso:

PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

El principio de legalidad exige que dentro del procedimiento administrativo sancionatorio la falta o conducta reprochable se

539

encuentre tipificada en la norma -lex scripta- con anterioridad a los hechos materia de la investigación-lex previa. En materia de derecho sancionatorio el principio de legalidad comprende una doble garantía, a saber: material, que se refiere a la predeterminación normativa de las conductas infractoras y las sanciones; y, formal, relacionada con la exigencia de que estas deben estar contenidas en una norma con rango de ley, la cual podrá hacer remisión a un reglamento, siempre y cuando en la ley queden determinados los elementos estructurales de la conducta antijurídica. Esto se desprende del contenido dispositivo del inciso 2° del artículo 29 de la Constitución Política que establece el principio de legalidad, al disponer que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa (...)", es decir, que no existe pena o sanción si no hay ley que determine la legalidad de dicha actuación, ya sea por acción u omisión.

PRINCIPIO DE TIPICIDAD-Alcance

El principio de tipicidad como desarrollo del de legalidad hace referencia a la obligación que tiene el legislador de definir con claridad y especificidad el acto, hecho u omisión constitutiva de la conducta reprochada por el ordenamiento, de manera que les permita a las personas a quienes van dirigidas las normas conocer con anterioridad a la comisión de la misma las implicaciones que acarrea su transgresión. Conviene precisar que, si bien es cierto que en materia sancionatoria la ley puede hacer remisiones a los reglamentos, -con el fin de complementar el tipo allí descrito-, también lo es que la remisión se encuentra limitada al núcleo esencial de lo que se ha estipulado en la ley. De allí que la tipificación para la descripción de la conducta y la sanción, corresponde por mandato constitucional al legislador, mientras que la aplicación de la misma para subsumir el hecho antijurídico al tipo descrito, corresponde a la administración.

DEBIDO PROCESO-Concepto y alcance/DEBIDO PROCESO-Elementos integradores

El artículo 29 de la Constitución dispone, de una parte, que toda actuación se desarrolle con sujeción al procedimiento legalmente preestablecido en la materia. Y, de otra, constituye una limitación a los poderes del Estado, habida cuenta de que corresponde al legislador establecer previamente la infracción, las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en estas y la definición de las autoridades públicas o administrativas competentes para realizar la investigación y, consecuentemente, imponer la sanción. La jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera reiterada que el debido proceso es el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico orientadas a la protección del individuo incurso en una conducta judicial o administrativamente sancionable, precisando que son elementos integradores del debido proceso los siguientes: "a) el derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia; b) el derecho al juez natural; c) el derecho a la defensa; d) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable; e) el derecho a la independencia del juez y f) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario."

DEBIDO PROCESO EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS-Opera en tres momentos específicos

Las garantías procesales en el campo administrativo sancionatorio no son iguales a las del ámbito judicial, toda vez que se enmarcan dentro de rasgos y etapas diversas. El debido proceso en las actuaciones administrativas opera en tres momentos específicos: (i) en la formación de la decisión administrativa (acto administrativo), (ii) en la notificación o publicación de esa decisión administrativa, y (iii) en la impugnación de la decisión (recursos).

POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION-Ejercicio

Para el ejercicio de la potestad sancionatoria a cargo de la administración se requiere: (i) una ley previa que determine los supuestos que dan lugar a la sanción, así como la definición de los

540

destinatarios de la misma, -sin que necesariamente estén desarrollados todos los elementos del tipo sancionatorio-, ya que es válida la habilitación al ejecutivo con las limitaciones que la propia ley impone; (ii) que exista proporcionalidad entre la conducta o hecho y la sanción prevista, de tal forma que se asegure tanto al administrado como al funcionario competente, un marco de referencia que permita la determinación de la sanción en el caso concreto, y (iii) que el procedimiento administrativo se desarrolle conforme a la normatividad existente, en procura de garantizar el debido proceso.

RESERVA DE LEY-Manifestación del principio de democracia y de división de los poderes

La reserva de ley es una manifestación del principio de democracia y de división de los poderes, el cual exige que ciertas materias deban ser directamente reguladas por el legislador mediante la expedición de leyes y no a través de regulaciones de menor jerarquía como lo son los decretos de carácter reglamentario. Este principio impone la obligación de que los núcleos esenciales de la materia objeto de reserva estén contenidos (regulados) en una ley.

RESERVA DE LEY-Tipos

PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY-Carácter material

LEY-Asuntos sujetos a reserva material

Son asuntos sujetos a reserva material de ley las actividades que la Constitución expresamente señala: (i) las atribuciones propias del Congreso de la República y (ii) las que el legislador considere necesario regular, siempre y cuando no hayan sido otorgadas (tacita o expresamente) a otras ramas del poder o a otros órganos del Estado.

LEY MATERIAL-Materias sujetas a reserva

Frente a las materias sujetas a reserva de ley formal, la Corte Constitucional ha manifestado que son aquellos temas en los que no puede intervenir el legislador extraordinario, pues se exige la participación directa del Congreso como órgano máximo de deliberación política y de representación democrática, tal como ocurre con las leyes orgánicas, estatutarias y marco o cuando se decretan impuestos o expiden códigos. En suma: (a) sólo el legislador puede regular la materia; (b) las autoridades administrativas, incluido el Gobierno Nacional, carecen de competencia para regular esa materia; y, (c) el legislador no puede en la ley que trata la materia, delegar en el Gobierno Nacional la regulación de la misma.

Los anteriores mandatos constitucionales, estructuran el debido proceso, y han sido recogidos entre en otros en los artículos 16 y 21 de nuestro estatuto sustantivo laboral, en los que se consagran los principios de inescindibilidad e irretroactividad de la ley, aplicados e interpretados en su conjunto de manera reiterada en infinidad de sentencias, en las que la Sala de Casación Laboral ha sentado la aplicación de las normas con total observancia del principio de inescindibilidad, dejando consignado al menos un millar de sentencias, que no es posible fraccionar la ley con el objeto de tomar de una y otra norma la parte que convenga a los intereses de quien pretende un derecho, construyendo una tercera que lo favorezca. (SL10233-2014, SL9405-2015, SL148-208, SL494-2016, SL4093-2017, SL6505-2015, SL2124- 2016, SL2124 2018, entre otras, de las 923 que relaciona la relatoría.)

CONCLUSIONES II.

Bajo las anteriores premisas es posible concluir: Que la competencia para imponer las sanciones previstas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 está asignada a las instancias administrativas allí señaladas; que la sanción prevista es la multa y dejar sin efecto la afiliación para que el interesado realice **una *nueva;*** que las sanciones aquí previstas solo la pudo establecer el legislador en ejercicio de sus competencias; que en aplicación del debido proceso la sanción debe existir de manera previa al

541

hecho que la origina; que en virtud del principio de legalidad no pueden aplicarse sanciones recurriendo a la analogía, ni remitirse a normas sancionatorias que regulen otros casos; que no pueden aplicarse las normas fraccionadamente y construirse una tercera que favorezca el derecho del accionante, que hay norma expresa sobre la responsabilidad que compete a las AFP por los perjuicios cometidos por la acción u omisión de sus agentes y, que las sanciones deben ser aplicadas en la forma prevista en la Ley.

DE LA AUTONOMIA DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA APLICACIÓN INTEGRAL DE LAS NORMAS CONTENIDAS EN LA LEY 100.

La seguridad social se encuentra definida como un derecho público que será prestado de conformidad con lo establecido en el artículo 4° de la Ley 100 de 1993, que reza:

ARTÍCULO 4o. DEL SERVICIO PÚBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL. La Seguridad Social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado y que será prestado por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidos en la presente ley.

Este servicio público es esencial en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Con respecto al Sistema General de Pensiones es esencial sólo en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones.

Por su parte en el articulo 288 se ratifica la misma autonomía, se consagra la favorabilidad y la inescindibilidad, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 288. APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN LA PRESENTE LEY Y EN LEYES ANTERIORES. Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente

Ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta Ley.

La autonomía e independencia de la seguridad social han sido refrendadas por la jurisprudencia de manera reiterada y uniforme, entre otras muchas en la CSJ-SL1689-2019 en la que se consignó:

Así las cosas, y para dar respuesta a los planteamientos propuestos en la demanda de casación, vale recordar que la codificación que contiene las disposiciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de antaño, obtuvo independencia de las demás ramas del derecho, de manera tal que posee instituciones con características, identidad y regulación normativa propia; de ahí que conforme el artículo 145 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, solo está permitido recurrir a las preceptivas de otros ordenamientos ante la ausencia de regulación legal del respectivo tema.

La normatividad impone que los temas de seguridad social regulados en la Ley 100 de 1993, se sometan a su aplicación y, en caso de ausencia de norma aplicable, se acuda a las disposiciones de integración normativa y analogía, que permitan encontrar la solución al problema jurídico planteado.

Bajo las anteriores consideraciones las discusiones sobre la eficacia de la afiliación a un régimen pensional encuentran solución integral en las normas de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, sin que haya vacío que permita acudir a estatutos diferentes para su solución.

DE LA APLICACION DEL CODIGO CIVIL Y DE COMERCIO A LOS ASUNTOS REGULADOS EN EL SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL ESTABLECIDO POR LA LEY 100 DE 1993.

En atención a que los precedentes jurisprudenciales de nuestra Sala de Casación Laboral en materia de ineficacia de la afiliación a un régimen

542

pensional, han aplicado normas del Código Civil y de Comercio, para trasladar sus efectos a los asuntos de la seguridad social, es necesario referirse a ellos, de la forma en que se expone a continuación.

En síntesis, ha señalado la jurisprudencia, que la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando emana de la ausencia del deber de información por parte de las AFP, transgrede el derecho a la libre elección prevista en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 y, conduce a la ineficacia de la afiliación, la cual deberá entenderse en sentido estricto y deberá en consecuencia producirse el restablecimiento previsto en el artículo 1746 del Código Civil que reza:

> *La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.*
> *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

Lo tesis sentada en la jurisprudencia laboral ha quedado consignado entre otras en la SL4360-2019 en los siguientes términos:

> *En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.*

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro.

Ahora bien, podría contra argumentarse que ese precepto alude a una acción del empleador o de cualquier persona tendiente a engañar al trabajador; sin embargo, para la Corte esta es una lectura incompleta y reduccionista de la norma, en la medida que los derechos pueden ser objeto de violación o transgresión por acción, y también por omisión. Además, en ninguno de sus enunciados el texto refiere que para que se configure la ineficacia sea necesario un «engaño», «artificio» o un vicio del consentimiento; antes bien, la norma alude a «cualquier forma» de violación de los derechos de los trabajadores a la afiliación.

En consonancia con lo expuesto, cabe recordar que todo deber tiene como correlato un derecho. Luego, si conforme a las reglas referidas en casación, las administradoras tienen rigurosas obligaciones de brindar información a los afiliados; estos a su vez tienen el derecho a recibirla. Por ello, puede aseverarse que existe un derecho de los afiliados a obtener información sobre las consecuencias y riesgos de

543

su cambio de régimen pensional, de manera que su violación –por disposición de ley– se sanciona con la ineficacia del acto.

Para ahondar en razones, y asumiendo que el deber de información tiene como correlato un derecho a la información, la sanción de ineficacia no solo encuentra respaldo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sino también en los artículos 272 de la citada normativa, 13 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Política.

En efecto, siguiendo la tradición de las legislaciones tutelares que propenden por la intangibilidad e irrenunciabilidad de un mínimo de derechos y garantías ciudadanas, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sanciona con la ineficacia o la privación de efectos jurídicos todo acuerdo que menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores. De ahí que, para esta Corte, la figura de la ineficacia sea la vía correcta al momento de examinar los casos de violación del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones.

Ahora bien, no niega la Corte que en determinados casos el traslado pueda estar afectado o menguado en sus efectos por otras vicisitudes que lo golpean. Por ejemplo, cuando el afiliado no presta su consentimiento o el acto carece por completo de voluntad, en cuyo caso el asunto debe abordarse desde el campo de la inexistencia. Lo que quiere recalcarse es que cuando la alegación sea la falta de información (lo cual significa que el acto existe y cumple los requisitos formales de validez), el asunto debe abordarse bajo el prisma de la ineficacia.

3. Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado

En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la

de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).

Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de

544

ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Sobre la ineficacia en sus diferentes acepciones y efectos, la C-345 de 2017, ilustra sobre la aplicación de la figura a los contratos civiles y comerciales, precisando que en los primeros operan las nulidades absoluta y relativa previstas en el Código Civil y, en los segundos, la ineficacia de pleno derecho establecida en el artículo 897 del Código de Comercio, que es el único ordenamiento que la tiene prevista en nuestra legislación, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 897. <INEFICACIA DE PLENO DERECHO>. Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.

El texto anterior vincula a los comerciantes y actos mercantiles por disposición del artículo 1° del mismo estatuto mercantil que reza:

ARTÍCULO 1o. <APLICABILIDAD DE LA LEY COMERCIAL>. Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas.

De los textos transcritos se desprende que la figura de la ineficacia de pleno derecho, está ligada a los actos de comercio en los casos allí citados; que la norma no establece las consecuencias de la ineficacia de pleno derecho, por lo que pueden aplicarse las normas de la nulidad previstas en el estatuto civil, por mandato expreso que hace el artículo 822 del Código de Comercio, como lo refiere la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil en la sentencia SC-3201-2018 en la que se expresa :

Lo anterior es así por cuanto el Código de Comercio no prescribe los efectos específicos para cada una de las formas de invalidez en él mencionadas; lo que hace necesario acudir a las reglas que rigen esa materia en el campo civil, en aplicación del principio de remisión

previsto en el artículo 822 de la codificación mercantil, según el cual «los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa».

Luego, por aplicación extensiva del artículo 1746 del Código Civil, es preciso aplicar a los casos de ineficacia comercial los efectos que la ley consagró para la nulidad:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo».

Cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz (como el artículo 897 del Código de Comercio), la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás; lo cual tiene la aptitud de producir acción contra terceros poseedores. Así lo consagra expresamente el artículo 1748: «La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales».

545

Los referentes jurisprudenciales citados precisan que la figura de la ineficacia de pleno derecho es propia de los actos regulados en el estatuto comercial y que tal estatuto no tiene establecidos los efectos legales de la misma, pero que el artículo 822 remite a las normas del Código Civil y puntualmente al artículo 1746. Los supuestos de hecho de esta jurisprudencia nada tienen que ver, con el acto de afiliación a un régimen pensional, pues la situación fáctica que plantea vincula comerciantes y actos de comercio, se discute una situación de carácter contractual y, los efectos de la ineficacia previstos en el estatuto civil se aplican en asuntos mercantiles, pero porque así lo dispone una norma que dentro del mismo código de comercio remite a tal ordenamiento.

A diferencia de lo que ocurre con el artículo 897 del Código de Comercio, que deja vacío el efecto de la ineficacia, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, incorpora: El derecho protegido; la autoridad competente para determinar las conductas atentatorias del mismo; las multas y efectos respecto a la afiliación y, dispone que en tal caso podrá hacerse una nueva.

La construcción jurisprudencial de la ineficacia del acto de afiliación al régimen pensional, se realiza a partir del fraccionamiento del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, del que se toma la consecuencia de dejar sin efecto la afiliación; se aplica el artículo 897 del Código de comercio del que se toma el efecto de la ineficacia de pleno derecho y, se aplican las disposiciones del artículo 1746 del Código Civil, para sustentar el restablecimiento al estado anterior en que se encontraba el afiliado.

La aplicación fraccionada de la ley contraviene la inveterada y reiterada jurisprudencia que sobre inescindibilidad de la norma ha aplicado la Sala, entra en tensión con la prohibición de tomar una parte de una norma y otra para dar nacimiento a una tercera y, desatiende los mandatos sobre integración y remisión normativa.

El referente jurisprudencial traído de la Sala de Casación civil, resulta descontextualizado como lo demuestra el supuesto factico del mismo, pues en él se discute una situación contractual entre comerciantes, en el que al declararse la ineficacia de pleno derecho a la venta de las

acciones de una compañía, se afecta a un tercero comprador; teniendo la necesidad de abordar los restablecimientos mutuos a la luz del artículo 1746 del Código Civil, **pero por remisión expresa del artículo 822 del Código de Comercio.**

La Corte Constitucional definió que el acto de afiliación es un asunto de orden legal, que se produce en obedecimiento a un mandato que así lo impone para trabajadores dependientes e independientes, es de carácter unilateral y de adhesión a las reglas fijadas por el legislador para uno y otro régimen, solo el legislador puede introducir cambios según lo demanden las circunstancias; razón por la que resulta ajeno a la declaratoria de su ineficacia, la aplicación de normas que desbordan el estatuto de la seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993. El sustento de lo afirmado por la Corte Constitucional respecto de la naturaleza y regulación del acto de afiliación está en los pronunciamientos de constitucionalidad citados en esta providencia y en los contenidos de los artículos 4, 11, 13, 15 y 288 de la Ley 100 entre otros.

CONCLUSIONES III.

De lo expuesto resulta fundado concluir que:

La estructura de la norma contendida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, al proteger el derecho a la libre elección de régimen pensional, señalar las autoridades competentes para hacerlo efectivo y disponer sus consecuencias jurídicas, impone su aplicación sin fraccionamiento alguno y hace improcedente acudir a estatutos distintos, como el civil y el comercial para determinar sus efectos.

Los principios constitucionales plasmados en el artículo 29 de nuestra Carta Política y los legales consagrados en el estatuto de seguridad social, refrendados en un millar de sentencias de nuestra Sala de Casación Laboral, sustentan la conclusión anterior, porque han pregonado el principio de inescindibilidad en la aplicación de las normas; la imposibilidad de tomar de una y otra norma lo que convenga a la pretensión del accionante, para dar paso a una tercera construida por el

546

juez con tal propósito; todo lo cual debe cumplirse con mayor rigor cuando se trata de normas de carácter sancionatorio.

EFECTOS DE LA INEFICACIA DEL ACTO DE AFILIACION Y LA AFECTACIÓN A COLPENSIONES.

La Ley 100 de 1993 estableció *El Sistema General de Pensiones* compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber:

a. Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.
b. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Los responsables de la administración de los dos regímenes pensionales son: Colpensiones la del primero, y las AFP las del segundo, cuya naturaleza jurídica y condiciones de existencia y manejo de los recursos está determinada en la Ley, en virtud de la cual la primera opera como Empresa Industrial y Comercial del Estado convertida en entidad de carácter financiero especial en el año 2011 y, las AFP como sociedades de servicios financieros, vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, constituidas con el objeto social exclusivo de administrar fondos de pensiones obligatorias, fondos de cesantías, fondos de pensiones voluntarias y patrimonios autónomos de naturaleza pensional.

La coexistencia de los dos regímenes pensionales implica la competencia por la captación de afiliados, para lo cual la Ley 100 de 1993 estableció lo siguiente:

ARTÍCULO 287. ACTIVIDADES PROPIAS DE LOS INTERMEDIARIOS EN LAS ENTIDADES DE SEGURIDAD SOCIAL. Las Entidades de Seguridad Social, las Entidades Promotoras de Salud y las Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía y/o de Pensiones podrán realizar las actividades de promoción y ventas, la administración de la relación con sus afiliados, el recaudo, pago y transferencia de los recursos por intermedio de instituciones

financieras, intermediarios de seguros u otras entidades, con el fin de ejecutar, las actividades propias de los servicios que ofrezcan.

El Gobierno reglamentará la actividad de estos intermediarios, regulando su organización, actividades, responsabilidades, vigilancia y sanciones a que estarán sujetos.

En desarrollo de la reglamentación de la anterior disposición, y, en lo que se refiere a la responsabilidad de las AFP frente a sus afiliados, se estableció en el Decreto 720 de 1994 lo que ya ha quedado consignado anteriormente.

En esta norma, a diferencia de las que cita la jurisprudencia en el marco del deber de información de las AFP, en lo que se denominó primera etapa; se establece el deber de información por parte de los promotores de forma general y abstracta, se consigna que las AFP deben responder por sus actuaciones, en especial por aquellas que impliquen un perjuicio para el afiliado.

Bajo las anteriores premisas, en la medida en que el afiliado es quien tiene la opción de escoger su régimen pensional; mientras no se demuestre que Colpensiones invadió la órbita de su derecho a elegir, ninguna consecuencia de las establecidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, puede aplicarse a un tercero que nada tuvo que ver en el acto de escogencia y afiliación al RAIS, ni en la deficiente o suficiente información que se le suministro, ni era la obligada a suministrarla en el año 1995, en que el afiliado tomo su decisión.

La anterior afirmación tiene sustento, en que de conformidad con lo hasta aquí expuesto, el régimen sancionatorio establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que sirve como sustento a la ineficacia del acto de afiliación, establece como sanción adicional a la multa que impongan las autoridades administrativas allí señaladas, la ineficacia del acto de afiliación y la habilitación para que el interesado haga una nueva; que de ninguna manera puede traducirse en que Colpensiones asuma la consecuencia de las omisiones de la AFP, que no solo es un sujeto de

547

derecho diferente y autónomo, sino que es su competencia en materia de administrar pensiones sus afiliados.

Cabe resaltar que la relación jurídica originada en el acto de afiliación de la demandante cuyos efectos se pretenden invalidar, tiene como sujetos a la demandada PORVENIR S.A., mientras que COLPENSIONES es un sujeto procesal demandado, pero ajeno a la relación jurídico sustancial que vincula al actor con la restante demandada.

Por las particularidades del caso colombiano al permitir la coexistencia de regímenes, en vez de remediarse la desfinanciación del sistema pensional vigente, se agravó su situación de sostenibilidad financiera, ya que al permitirse la coexistencia y libre competencia, la mayor fuerza en la promoción de afiliaciones por parte de las AFP, dejo el sistema con un mayor problema del que tenía, al perder un número importante de cotizantes, que constituían con sus aportes el soporte para el pago de las pensiones ya causadas en favor de miles de colombianos.

La afirmación anterior tiene sustento en lo expresado por la Corte Constitucional en la C-083 de 2019, en la que se consignó:

> *7.5. **Según se explicó** en precedencia, el régimen de prima media con prestación **definida tiene** un carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas, en otras palabras, los cotizantes son los convocados a sufragar las pensiones de quienes ya cumplieron los requisitos de acceso.*
>
> *7.6. **Para ello el** fondo común incorpora la totalidad de las cotizaciones y junto con los incrementos financieros que se producen dispone del pago de las pensiones, en las distintas contingencias. **Esto que parece simple tiene sin embargo una gran complejidad, en la medida en que tanto la fijación de las cotizaciones, como el tiempo en el que debe realizarse y la edad del disfrute se determinan de acuerdo a un modelo financiero que permita hacer viable el régimen.** El Estado allí funciona como garante de las obligaciones pensionales, siempre que los afiliados cumplan con la densidad de semanas exigidas y la edad requerida. Con todo y la fijación de un modelo actuarial que haga sostenible el*

régimen de prima media, tal como se explicó en el acápite pertinente, por lo menos se subsidian en un 40% las pensiones de vejez.

7.7. Lo anterior es pertinente, pues tanto el actor, como los intervinientes que solicitan o bien la inexequibilidad o la exequibilidad condicionada de la norma demandada sostienen que se viola el artículo 48 constitucional, en cuanto el valor de la pensión de vejez no refleja la totalidad de las semanas que se cotizaron. Tal estimación supone que debe existir una estricta correspondencia entre el tiempo que cotizaron, con la fijación del porcentaje que determinará el monto de la pensión.

7.8. Sin embargo, como se ha anotado en esta providencia, esa simetría no es aceptable en el modelo de seguridad social, en tanto no existe la posibilidad de recuperar en idéntica proporción lo sufragado, dada la naturaleza redistributiva del sistema y en atención a las distintas variables que se tienen en cuenta para garantizar el sostenimiento. Su carácter igualitario deriva de que, ese mecanismo, permite compensar la situación de aquellos que, de ser exclusivamente por las cotizaciones no tendrían la posibilidad de protegerse ante el riesgo de vejez.

7.9. La progresión del derecho a la seguridad social en materia pensional entonces se encuentra estrechamente ligada con un esfuerzo colectivo, que traduce el principio de solidaridad y que se concreta, entre otros, tanto en los subsidios que se otorgan para garantizar las pensiones, como en los que se dan a las clases menos favorecidas para que completen el valor de sus cotizaciones. Y esa solidaridad es inter e intrageneracional justamente porque quienes hoy cotizan pueden llegar a ser subsidiados en el futuro cuando satisfagan sus requisitos pensionales.

7.10. En ese sentido, la disposición demandada tiene por objetivo concretar el principio de solidaridad en el sistema pensional, a la par que es un mecanismo que se utiliza para otorgar un equilibrio al sistema lo que revierte en su sostenibilidad, todo lo cual constituye una finalidad importante, además de ello es adecuada, en tanto lo que se busca al fijar las 50 semanas -que corresponde en los cálculos actuariales a un año- ***es incentivar la permanencia en la cotización, que como se ha insistido es determinante para la ampliación de recursos en el régimen de prima media con prestación definida. Más tiempo cotizando supone***

más recursos para financiar las obligaciones ya causadas y esto hace que la medida sea adecuada.

7.11. Por demás ese mecanismo no afecta el reconocimiento de la pensión, por el contrario, incentiva que el valor se aumente, sin que ello comprometa su existencia. En todo caso y dada la finalidad de ampliación de cobertura del derecho fundamental a la seguridad social esa fórmula para aumentar el porcentaje del monto pensional ha sido utilizada de manera constante en el régimen de prima media, incluso antes de que entrara en vigor la Ley 100 de 1993. Así el artículo 16 del Decreto 3041 de 1966 disponía el incremento del 1.2% por cada 50 semanas adicionales a las mínimas; luego el Decreto 2879 de 1985 en su artículo 1 contemplaba que se elevaba en un 3% por cada 50 semanas adicionales a las 500 y esta misma prescripción se mantiene en el artículo 20 del Decreto 758 de 1990. También se encontraba en el artículo 34 original de Ley 100 de 1993, al definir que por cada 50 semanas adicionales a las 1000 y hasta las 1200 se incrementaría la pensión en un 2% y de 1200 a 1400 semanas en un 3% hasta llegar al tope del 85%. Entonces, al prescribir el inciso final del artículo 10 de la Ley 797 de 2003 que el aumento porcentual es de 1.5% por cada 50 semanas adicionales a las mínimas puede afirmarse que se ha mantenido la formula, en lo que a ese aspecto atañe.

7.12. La claridad de la disposición y la finalidad que la misma incorpora, tal como se ha explicado, permiten sostener que el legislador no afectó ningún derecho fundamental y que, por el contrario, utiliza ese mecanismo, en atención a su amplio margen de configuración, para hacer viable el régimen de prima media, permitiendo su estabilidad y de ese modo efectivizar la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, su ampliación progresiva a sectores menos favorecidos, que tienen limitación en mantener cotizaciones constantes y por ende que son susceptibles de quedar desprovistos de protección durante la vejez. Es decir, a la par que asegura la sostenibilidad financiera del sistema, promueve los principios de universalidad y solidaridad, sin vulnerar el contenido del artículo 48 constitucional. De allí que el inciso final del artículo 10 de la Ley 797 de 2003 deba declararse exequible.

De las normas citadas, resulta evidente que los perjuicios ocasionados por las AFP por razón de sus acciones u omisiones al

momento de la afiliación, los debe asumir la respectiva administradora, de conformidad con las normas vigentes al momento y dispuestas por el estatuto de seguridad social, de las que se advierte no existe ninguna, que genere la obligación de recibir al demandante cuya afiliación resulta ineficaz, por cuenta de hechos absolutamente ajenos a Colpensiones.

CONCLUSIONES IV.

Por lo expuesto resulta sustentado afirmar: Que Las normas de seguridad social son suficientes para juzgar las pretensiones de ineficacia de la afiliación, deben ser aplicadas conforme a los mandatos del debido proceso en especial las de los principios de inescindibilidad, irretroactividad de la ley, integración y remisión, contenidos en las normas y jurisprudencias citadas; que la ineficacia de la afiliación produce efectos a cargo de quien incurrió con su acción u omisión en la causación de un perjuicio, en este caso a cargo de la respectiva AFP; que no puede atribuirse efecto ni resarcimiento alguno a cargo de un sujeto que no intervino ni en la decisión del afiliado de trasladarse de régimen ni en el acto de afiliación, ni mucho menos en la deficiente información invocada; que resulta trascendente juzgar el acto de afiliación de manera oportuna, ya que el aporte de la cotización en un sistema de reparto simple, cumple su objetivo de contribuir al pago de las pensiones ya causadas, y, hacerlo inoportunamente desfigura el sentido de la contribución, de la solidaridad y de la sostenibilidad financiera del sistema.

Las pruebas que se practicaron dan sustento factico a las conclusiones anteriores en la medida en que demuestran la fecha de afiliación del demandante, la ausencia de participación de Colpensiones en el acto de traslado, y la falta de demostración de perjuicios a cargo de PORVENIR S.A. Y PROTECCION S.A., como resulta evidente de los siguientes medios:

Del documento visible a folio 280 Y 282, se evidencia formulario de afiliación a HORIZONTE S.A. actualmente PORVENIR S.A, a partir del 17 de abril de 1995. Así mismo se corrobora que la actora el 12 de febrero de 1998, se cambió de administradora, trasladándose a COLFONDOS S.A.

549

luego retornó a PORVENIR S.A.-30 de enero de 2001- , seguidamente se traslada nuevamente a COLFONDOS S.A.- 17 de junio de 2002-; el 29 de julio de 2003, regresa a PORVENIR S.A., el 14 de julio de 2008 se vincula SKANDIA y finalmente se afilia a PROTECCION S.A.-*17 de abril de 2013-(folio 17, 21, 22, 25, 39, 57, 58, 63 y 282)*

Del interrogatorio de parte, absuelto por la señora CAROLINA CAMARO COLMENARES, se establece que es Administradora de Empresa. Aseguró que se afilió al RAIS, luego que unos asesores le indicaran en una reunión que tuvo una duración de 10 o 15 minutos, que el ISS se iba a liquidar y que en los fondos privados obtendría una mejor pensión. Manifestó que vinculación al RAIS, fue de manera libre y voluntaria, que no leyó el formulario de afiliación "*porque pues nos explicaron, nos pasaron un formulario y firme*". Que, en el año 2013 se afilió a PROTECCION S.A. y que dicha entidad le informo: "me hicieron claridad que a mí no me convenia estar en un fondo privado porque mi pensión era mejor en el Instituto de Seguros Sociales en Colpensiones, fue el único fondo que me hizo una aclaración y me hizo una proyección"

Adicionalmente, el traslado se efectuó en el año 1995 y solo hasta el 2017, la actora se interesó por su situación pensional (folio 26 y 280), lo que da cuenta que la solicitud no se realizó oportunamente y dentro de los plazos previstos, y acceder a las suplicas de traslado o retorno al RPM desfiguraría el sentido de la contribución, de la solidaridad y de la sostenibilidad financiera del sistema.

De las pruebas citadas se establece tanto la fecha de la afiliación del demandante, como la ausencia de demostración de perjuicios a cargo de la AFP PROTECCION S.A. Y PORVENIR S.A.; además de determinarse que Colpensiones, no participó en al acto de afiliación al RAIS, porque ni patrocino su traslado, ni intervino en dichas diligencias.

Por las razones expuestas, se declarara la falta de presupuestos procesales para aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993; se revocarán la condenas impuestas a PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A., por ausencia de la demostración de perjuicios causados con ocasión de la

afiliación, a la luz de lo dispuesto el artículo 10 del Decreto 720 de 1994 y, se revocaran las condenas impuestas a Colpensiones, por ser ajena a la decisión de traslado de régimen tomada por el afiliado, ajena a las invocadas deficiencias en el deber de información, y por no participar en acto contractual alguno, que le pueda imponer restituciones de ninguna clase a la luz del artículo 1746 del Código Civil, habida cuenta que el acto de afiliación no tiene carácter contractual y la norma en cita no aplica a la regulación de actos de la seguridad social que tienen regulación propia, sin que pueda acudirse a un estatuto ajeno.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR que de conformidad con los precedentes jurisprudenciales citados, la seguridad social es un derecho autónomo y las normas de su estatuto contenidas en la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, regulan íntegramente el acto de afiliación a un régimen pensional, las competencias y sanciones en caso de infracción a la libertad de elección.

SEGUNDO: DECLARAR que, de conformidad con los precedentes jurisprudenciales citados, las normas reguladoras del acto de afiliación deben aplicarse integralmente, sin posibilidad de fraccionarse, ni tomar parte de una y otra para dar paso a una tercera que se ajuste al caso.

TERCERO: DECLARAR que la ineficacia del acto de afiliación a un régimen pensional a causa de la deficiencia en el deber de información debe sujetarse integralmente a lo dispuesto en el artículo 271 de la ley 100 de 1993,

550

CUARTO: DECLARAR que el deber de información está a cargo de las administradoras de pensiones, en la forma en que se establecido en las normas citadas en los precedentes jurisprudenciales en sus diferentes etapas y, que su aplicación tiene efecto general inmediato y no retroactivo.

QUINTO: DECLARAR que en Colombia coexisten dos regímenes pensionales administrados por sujetos de derecho privado, en el caso de las AFP y público de carácter especial en el caso de Colpensiones, que compiten libremente en la captación de afiliados y son excluyentes.

SEXTO: DECLARAR que no hay presupuestos procesales para dar aplicación a la ineficacia del acto de afiliación demandado, con fundamento en lo preceptuado en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, en virtud de que su aplicación debe hacerse integralmente, atendiendo al principio de inescindibilidad y son las autoridades administrativas allí señaladas las competentes.

SEPTIMO: DECLARAR que el juzgamiento de validez del acto de afiliación y sus consecuencias, debe hacerse a la luz del estatuto de seguridad social contenido en la ley 100 de 1993 y sus modificaciones, en atención al principio de integración normativa.

OCTAVO: DECLARAR que el acto de afiliación al sistema pensional nace de una obligación legal, es unilateral de adhesión y sometimiento a las condiciones impuestas por el legislador y a las modificaciones que este imponga en leyes posteriores.

NOVENO: DECLARAR que el acto de afiliación a un régimen pensional no tiene carácter contractual y en consecuencia sus requisitos y efectos no nacen de la voluntad de los sujetos que en el intervienen sino de las disposiciones contenidas en la ley.

DECIMO: DECLARAR que Colpensiones y las AFP Porvenir y Protección S.A. son sujetos de derecho que administran dos regímenes pensionales que coexisten, compiten entre sí, son excluyentes y sus obligaciones son

autónomas frente a los actos del afiliado en materia de elección y afiliación libre a cualquiera de los dos.

ONCE: DECLARAR que el acto de afiliación determina la forma de financiamiento de la pensión y no de su monto, razón por la cual no involucra un derecho subjetivo del afiliado sobre este último.

DOCE: DECLARAR que el deber de información está sometido en su contenido a las normas vigentes al momento en que se realizó la afiliación al régimen pensional y no pueden aplicarse normas posteriores, en virtud del principio de irretroactividad de la ley.

TRECE: DECLARAR que cualquier daño que se ocasione al afiliado por incumplimiento en los deberes de la AFP o de sus funcionarios, debe ser resarcidos por estas en atención a lo dispuesto en el Decreto 720 de 1994.

CATORCE: DECLARAR que los efectos legales de la afiliación a un régimen pensional no surgen de acuerdos entre el afiliado y la administradora escogida sino de la ley y, en consecuencia, los mismos no pueden tornarse en perjuicios a cargo de la administradora.

QUINCE: DECLARAR que Colpensiones es ajena al acto de afiliación del demandante y al deber de información a cargo de las AFP, a la luz de las normas vigentes para el mes de abril de 1995, fecha del traslado a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. y, no pueden aplicarse las disposiciones posteriores que establecieron la doble asesoría.

EN CONSECUENCIA:

PRIMERO: SE REVOCAN las condenas impuestas a la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. y se absuelve de las mismas por no haberse probado perjuicio alguno a su cargo de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, sin que las obligaciones establecidas en la ley puedan tornarse en tales.

551

SEGUNDO: SE REVOCAN las condenas impuestas a Colpensiones, en razón a que la afiliación del actor al RAIS y cualquier posible perjuicio derivado de la misma, son producto de la voluntad y decisión unilateral de la demandante, que optó por cambiar la forma de financiación de su pensión, sin su intervención; constituyéndose en un hecho ajeno en el que no participó Colpensiones, por lo que ningún perjuicio pudo causar y, en consecuencia, ningún daño debe reparar.

TERCERO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia se revocan y se imponen al demandante.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Salvamento de Voto

Última hoja del proceso Proceso Rad. n.° 016-2017-00437-01, promovido por Carolina Camaro Colmenares contra Colpensiones y otro (revoca condenas a COLPENSIONES, PROTECCIOÓN S.A. Y PORVENIR S.A.)

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Radicación 16-2017-00437-01

DEMANDANTE: **CAROLINA CAMARGO COLMENARES**
DEMANDADO : **COLPENSIONES Y OTROS**
ASUNTO : **SALVAMENTO DE VOTO**

AUTO

Con el debido respeto, las razones por las cuales discrepo de la decisión tomada por la mayoría de la Sala, están consignadas en la ponencia que anexo a la presente.

En la fecha, 25 de septiembre de 2020.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

553

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación 16-2017-00437-01

Bogotá D.C., Treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **CAROLINA CAMARGO COLMENARES**

DEMANDADO: **COLPENSIONES- AFP PORVENIR SA- AFP PROTECCIÓN SA. AFP COLFONDOS SA, Y AFP OLD MUTUAL SA.**

ASUNTO : **APELACIÓN PROTECCIÓN Y PORVENIR/ Y CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (Protección SA y Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 16° Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de Julio de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados del demandante (folios 520 a 521), así como Colpensiones (folio 477 a 479), Protección SA y Porvenir SA (Fls. 509 a 511) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 10 de junio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES:

E l(la) señor(a) CAROLINA CAMARGO COLMENARES.instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES ,y AFP PORVENIR, PROTECCIÓN, COLFONDOS Y OLD MUTUAL, debidamente sustentada como aparece a folios 1 a 158 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la nulidad o invalidez del traslado efectuado, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad AFP Porvenir SA el mes de julio de 1995- por no brindarle información veraz.
- Que se condene a Colpensiones a afiliar al demandante en el RPM, y recibir los aportes, y reconocer y pagar su pensión de vejez
- Que se condene a la AFP Protección SA. a trasladar a Colpensiones los aportes cotizados, bonos pensionales y rendimientos.

- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls.208 a 222), PORVENIR (f.279 a 300), la PROTECCIÓN (fls.306 a 375), COLFONDOS (F.397 a 407), y OLD MUTUAL (f.223 a 253), de acuerdo al auto visible a folios 408 y 414. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El **JUZGADO 16 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 17 de julio de 2019, declaro nulo o ineficaz el traslado efectuado por la demandante al RAI administrado por AFP Horizonte, hoy Porvenir SA el 17 de abril de 1995, declarando como aseguradora del demandante a Colpensiones. Condeno a AFP Protección SA devolver la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos financieros, junto con los gastos de administración a Colpensiones; dejo sin efectos las afiliaciones a Old Mutual, Colfondos y Protección SA. Impuso costas a demandadas.

Apela Protección y Porvenir:
Protección: solicita se revoque la sentencia, por cuanto protección le brindo a la actora toda la información mientras estuvo afiliada a ese fondo incluso le hizo las proyecciones pensionales, y ella así lo confeso en el interrogatorio. Tampoco puede devolver los gastos de administración pues estos se causaron de acuerdo a la ley.
Porvenir: El mismo demandante dijo en su interrogatorio que se trasladó porque el ISS se iba a acabar, y el debió tener diligencia, y no después de 24 años de estar con regularidad en el RAIS, e incluso en tres ocasiones se afilio a Porvenir, y ha podido pedir reasesoría y no lo hizo, por tanto solicita se revoque la sentencia.

Procede la sala a resolver la apelación, además el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE, HOY PORVENIR SA efectuado por el (la) señor (a) CAROLINA CAMARGO COLMENARES. el día 17 de abril 1995 ; **2-.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PROTECCIÓN SA(al que está actualmente afiliada), devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM..

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES solicitó trasladarse a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR SA, el 17 de abril de 1995 (fl. 280).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos del precedente con razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 de septiembre 9 de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el caso presente los fondos demandado en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls.208 a 222), PORVENIR (f.279 a 300), la PROTECCIÓN (fls.306 a 375), COLFONDOS (F.397 a 407), y OLD MUTUAL (f.223 a 253), solo adjuntan como pruebas: Colpensiones: ninguna; Old Mutual: formulario de afiliación en 2008, Certificado de traslado de aportes a Protección SA, respuesta de mayo 15 de 2017; Porvenir SA: El certificado de egreso, formulario de afiliación y traslado s Horizonte, y a Porvenir, historia de vinculaciones del SIAFP válido para bono, historial de novedades, relación de aportes a Porvenir, relación histórica de movimientos Porvenir, respuesta junio 8 de 2017, edicto del Tiempo; Protección SA: Formulario de vinculación abril 17/13, historia laboral actualizada a junio 14/18, histórico de traslados; Colfondos: solicitud de vinculación, consulta de viabilidad en el SIAFP, certificación de junio 28/18.

En decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 17 de abril de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión siquiera igual a la que tendría en el RPM, la proyección de la mesada a percibir por el(la)la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Claramente para el momento del traslado abril 17 de 1995, la parte actora tenía 409.86 semanas cotizadas, por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, (pues no se había expedido la ley 797 de 2003) tenía una expectativa legitima más favorable de pensionarse en el RPM, pues tenía en 1994 33 años, y efectivamente no estaba en transición; pero, al seguir cotizando como en efecto lo hizo, (para junio de 2018 tenía 1577.43 semanas-f.309-) solo le restaba cumplir los 55 años en el año 2016(nació en 1961) para tener su pensión de vejez, en cambio su bono pensional en el RAIS solo podría ser redimido en 2021, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, allí en el formulario aparece el nombre de Diana Espinoza, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenia para brindar dicha asesoría, ni siquiera la citan como testigo, para así

corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, estableciendo claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por tanto las inconformidades de las apelantes Protección y Porvenir, no tienen ningún fundamente factico o legal que permita revocar la decisión de instancia, pues como se dijo no aportaron ninguna prueba que demuestre la suficiente información brindada para el momento del traslado.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del ISS, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR SA el 17 de abril de 1995, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** el fallo proferido en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo.*

COSTAS. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de julio de 2019 por el Juzgado 16° Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310501620170043701)

LORENZO TORRES RUSSY
Salvamento de Voto
(Rad. 11001310501620170043701)

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
(Rad. 11001310501620170043701)
Salvamento de voto.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR DORIS ONEIDA SALAMANCA BARÓN contra **BAVARIA S.A**

RADICADO: 11001 31 05 016 2017 00513 01

Bogotá D. C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020s).

SENTENCIA

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede resolver el recurso de apelación a favor de BAVARIA S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá el 01 de octubre de 2019.

Por otra parte el apoderado de la parte demandada BAVARIA S.A., presento escrito de alegaciones, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, bajo el argumento que la accionante no era beneficiaria de la convención colectiva de trabajo, ya que la misma estaba destinada a aquellos trabajadores que prestaran sus labores de oficina, presupuesto que con cumplió la demandante, ya que sus actividades pertenecen a la División/Gerencia Departamento Odontológico. Así mismo preciso que para la calenda en que la actora cumplió los 50 años, ya no estaba vigente el beneficio convencional por virtud de lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 13 de enero de 1987 y el 1 de marzo de 2002, el que fue terminado de manera unilateral y sin justa causa. Como consecuencia de dichas declaraciones solicita el pago de la pensión establecida en el artículo 51 de la Convención Colectiva de trabajo, a partir del 24 de mayo de 2011, fecha en que acreditó los 50 años de edad, junto con la indexación y las costas del proceso. Sustento sus pretensiones en que se vinculó a la sociedad demandada, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, el que tuvo vigencia entre el 13 de enero de 1987 y el 2 de marzo de 2002, que el cargo desempeñado fue el de auxiliar de odontología, grupo 3 Administrativo, con una última asignación igual a $1.380.583,33., y que fue despedida sin justa causa el 2 de marzo de 2002. Así mismo, indicó que fue beneficiaria de la convención colectiva suscrita entre BAVARIA S.A. y su SINDICATO "SINALTRABAVARIA" y que cumplió los requisitos para la causación del derecho pensional previsto en el Acuerdo colectivo el 24 de mayo de 2011, fecha en que probó los 50 años de edad.

Mediante auto del 04 de marzo de 2019, el Juzgado de Conocimiento, tuvo por no contestada la demanda (folio 156).

II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El 01 de octubre de 2019, el Juzgado profirió sentencia en el siguiente sentido:

1. ***DECLARAR*** *que entre la demandante DORIS ONEIDA SALAMANCA BARÓN y BAVARIA S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual rigió desde el 16 de enero de 1987 hasta el 1 de marzo de 2002, fecha en que fue finalizado de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador.*
2. ***CONDENAR*** *a* ***BAVARIA S.A.*** *a reconocer y pagar la pensión para trabajadores entre quince (15) y veinte (20) años de servicios consagrada en la cláusula 51 de la convención colectiva de trabajo,*

290

vigente para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2001 y el 31 de diciembre de 2002 y en favor de la demandante, señora DORIS ONEIDA SALAMANCA BARÓN, a partir del 24 de mayo de 2011 y en cuantia inicial de $1.224.744, junto con los respectivos reajustes anuales de ley y mesadas adicionales a que haya lugar.

3. ***CONDENAR a BAVARIA*** *S.A. a reconocer y pagar a la demandante los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre el retroactivo de mesadas condenadas en el numeral segundo que antecede, intereses que se calcularán a partir del 19 de julio del año 2017 sobre el retroactivo de mesadas condenadas y hasta la fecha que se paguen las mismas y también los interés que se causen a partir del 19 de julio de 2017, sobre las mesadas que se generen desde esa fecha y hasta que se efectué el pago efectivo de las mismas.*
4. ***SE ABSTIENE*** *el despacho de pronunciamiento frente a medios exceptivos, dado que se tuvo por no contestada la demanda, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.*
5. ***DECLARAR*** *que la pensión condenada en la presente sentencia, tiene el carácter de compartida con relación a la pensión que eventualmente disfrute o sea concedida por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a la demandante, caso en el cual BAVARIA S.A. continuaría obligada únicamente por el mayor valor que pudiere resultar en comparación con las dos pensiones mencionadas.*
6. *CONDENAR en costas de la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por Secretaría, incluyendo el monto de cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes como valor de las agencias en derecho."*

III. RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDADA BAVARIA.

Indicó en síntesis que no se debió acceder a las pretensiones de la demanda, en la medida que para la fecha en que la demandante acreditó los 50 años de edad, la convención colectiva de trabajo, había expirado por virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, ya que solo permitió estos beneficios hasta el 31 de julio de 2010. Por otra parte, agregó que la actora debió demostrar si ya le fue otorgada la pensión de vejez, para efectos de

establecer la fecha a partir de la cual procede la compartibilidad de las prestaciones. Así mismo enunció que no había lugar al pago de los intereses moratorios, toda vez que la pensión solicitada, no hace parte del sistema de seguridad social en pensiones. Igualmente, manifestó que el A-quo no indicó cuales son los reajustes legales a los que hace referencia. Además que solo proceden 13 mesadas, dada la fecha de causación del beneficio pensional y finalmente expresó que la demandante no era beneficiaria de la convención colectiva, al no existir documento alguno que dé cuenta de ello.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66a del C.P.T y S.S.-*principio de consonancia*-La Sala examinará si la demandante tiene derecho o no al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación convencional.

Aportó la actora, convención colectiva de trabajo 2001-2002, con la constancia de depósito (fls 45-100), la cual en su cláusula 3, determinó que los beneficios allí contemplados serán aplicables *"solamente a los trabajadores de carácter permanente de BAVARIA S.A., Cervecería Colombo Alemana S.A., Compañía Colombiana de Envases S.A., Malterias de Colombia S.A., y Cervecería Águila S.A., que presten sus servicios en labores de oficinas, elaboración de malta, triturados, cervezas, tapas corona, envases de aluminio y en el mercadeo de las mismas".*

Luego entonces, como quiera que se encuentra probado que la demandante, prestó sus servicios a BAVARIA S.A. en el cargo de Auxiliar de Odontología-Grupo 3 Administrativo, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, le es aplicable la convención colectiva, por cumplir con los presupuestos enunciados precedentemente, esto es, haber prestado sus servicios en labores de oficina y de manera permanente a BAVARIA S.A., sumado a que no se encuentra dentro del grupo de excepción (folio 174 y 196).

Ahora, frente a la prestación alegada, el artículo 51ª de la convención colectiva, prevé una pensión de jubilación, bajo los siguientes requisitos:

291

ARTÍCULO 51a. Pensión para trabajadores entre quince (15) y veinte (20) años de servicio.

Dentro de las normas establecidas para la liquidación y pago de la pensión ordinaria de jubilación consagradas en la presente Convención, la Compañía concederá el setenta y cinco por ciento (75%) de la pensión que le hubiere correspondido al cumplir los requisitos para la jubilación ordinaria, al trabajador que con quince (15) años de servicio y menos de veinte (20) sea retirado del servicio de la Empresa sin justa causa, al cumplir los cincuenta (50) años de edad.

Sobre la vigencia de las convenciones colectivas luego de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, resulta ilustrativo indicar que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral entre otras en la sentencia con radicación 64604 del 15 de agosto de 2018 y SL 526 de 2018, precisó que estas mantienen vigencia por el término inicialmente pactado, sin que en ningún caso pueda extenderse más allá del 31 de julio de 2010.[1]

---

[1] *Sin embargo, hay un régimen y de naturaleza transitoria, según el cual las condiciones pensionales que regían a la fecha de vigencia del acto legislativo contenidas en convenios colectivos de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, mantienen su vigencia por el término inicialmente estipulado sin que en los convenios o laudos que se suscriban entre la vigencia del acto legislativo y el 31 de julio de 2010, puedan pactarse condiciones pensionales más favorables a las que se encontraren vigentes, perdiendo vigencia en cualquier caso, en la última fecha anotada. En esta última hipótesis, cabe distinguir tres situaciones:*
a) –El "término inicialmente estipulado" hace alusión al que las partes celebrantes de un convenio colectivo expresamente hayan pactado como el de la duración del mismo, de manera que si ese término estaba en curso al momento de entrada en vigencia del acto legislativo, ese convenio colectivo regiría hasta cuando finalizara el "término inicialmente pactado". Ocurrido esto, el convenio pierde totalmente su vigencia en cuanto a materia pensional se refiere y no podrán las partes ni los árbitros disponer sobre dicha materia en un conflicto colectivo económico posterior.
b) – En el caso en que al momento de entrada en vigencia del Acto Legislativo un convenio colectivo estaba vigente por virtud de la figura de la prórroga automática.
c).–Cuando la convención colectiva de trabajo a la entrada en vigencia del acto legislativo se encuentra surtiendo efectos por virtud de la denuncia de la convención colectiva de trabajo y la iniciación posterior del conflicto colectivo de trabajo que no ha tenido solución.

En las dos últimas situaciones, debe advertirse que la convención sigue vigente por ministerio de la ley y no por voluntad de las partes. En estos casos, de conformidad con el parágrafo 3° transitorio, las disposiciones convencionales en materia de pensiones continúan su observancia hasta el 31 de julio de 2010 y no pueden las partes ni los árbitros, entre la vigencia del acto legislativo y el 31 de julio de 2010, pactar o disponer condiciones más favorables a las que están en vigor a la fecha en que entró a regir el acto legislativo. Quiere decir lo anterior, que por voluntad del constituyente delegado, las disposiciones convencionales en materia de pensión de jubilación que se encontraban rigiendo a la fecha de entrada en Radicado n°59339 22 vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005, mantendrán su curso máximo hasta el 31 de julio de 2010, lo que indica que ni las partes ni los árbitros pueden regular condiciones más benéficas a las estipuladas, pues la voluntad superior les ha prohibido expresamente tratar ese punto.

Por otra parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias con radicación n.° 29122 del 19 de julio de 2006, 41286 del 29 de junio de 2011, SL 9288 de 2014, SL 12281 de 2017 y 68980 de 2019, ha indicado frente a la prestación convencional que se reclama que la misma se causa con el tiempo de servicios y el retiro del trabajador, ya que la edad, tan solo constituye un requisito de exigibilidad de la prestación: "*Se pone de relieve esta inferencia, pues a partir de ella se ha considerado que al estar supeditado el reconocimiento pensional a los precitados requisitos, el de edad quedo atado a una situación personal o individual que no puede ser vista como un requisito de estructuración o conformación del derecho, sino como una mera condición para su exigibilidad, goce o disfrute*".

Así las cosas, en el presente asunto, se encuentra probado que la señora DORIS ONEIDA SALAMANCA BARON, ingresó a Laborar a favor de BAVARIA S.A., desde el 16 de enero de 1987 hasta el 1 de marzo de 2002, fecha esta última en la que fue terminado el vínculo sin justa causa, pues así quedó establecido en la sentencia dictada por el juez de conocimiento y de la documental visible a folio 3 del plenario, sin que en esta instancia exista inconformidad alguna frente a los extremos temporales y del despido de la trabajadora sin justa causa (folio 270), cumpliendo un tiempo de total de 15 años, 1 mes y 16 días, en tanto la edad de 50 años, señalada en la norma convencional, la acreditó el **24 de mayo de 2011,** en consideración a que nació el mismo día y mes del año 1961 (folio 40).

De esta manera, estando claro que la accionante para el 31 de julio de 2010, cuando por disposición del Parágrafo Transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, perdieron vigencia las reglas de carácter pensional que regían en acuerdos colectivos, ya contaba con un derecho adquirido, al haber reunido los requisitos para la causación del beneficio pensional discutido, esto es, el tiempo de servicios y la desvinculación laboral, sin

---

Es decir, que en lo relacionado con esa materia, la intención legislativa y la del constituyente delegado es la de que sea regulada única y exclusivamente por la ley de seguridad social, la cual tiende a evitar la proliferación de pensiones a favor de un mismo beneficiario y a acabar los dispersos regímenes en ese aspecto, procurando con ello cumplir con los fines y principios que le fueron asignados y que aparecen consignados en el Título Preliminar, Capítulos I y II de la Ley 100 de 1993.

292

justa causa, por lo que apenas estaba pendiente de arribar a la edad requerida para su goce o disfrute.

Por lo tanto, como quiera que la edad de 50 años, la acreditó el 24 de mayo de 2011, hay lugar a reconocer el derecho pensional desde dicha calenda, sin que la excepción de prescripción haya afectado la prestación, toda vez que de conformidad con lo estipulado en el artículo 282 del C.G.P y ante la falta de contestación de la demanda, no se puede tener por probado este medio exceptivo, de manera oficiosa, igual situación acontece frente a la compensación, razón por la cual no hay lugar a acceder al requerimiento efectuado por el apoderado de la convocada a juicio, al sustentar el recurso de apelación.

Ahora, frente al número de mesadas que se deben otorgar a la accionante, cabe mencionar que el inciso 8.° del artículo 1.° del Acto Legislativo 01 de 2005, determinó: *"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".*

En este orden de ideas, como la pensión que le fue reconocida a la demandante, fue de aquellas que se causan con el tiempo de servicios y el hecho del despido injusto, ya que conforme al reiterado criterio jurisprudencial, la edad determina única y exclusivamente la exigibilidad del derecho, tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional de junio, es decir, 14 mesadas anuales, como quiera que la prestación enunciada se causó a partir de 2 marzo de 2002, fecha en que acreditó el tiempo de servicios y el hecho del despido, es decir, cuando aún no estaba en vigencia el Acto legislativo 01 de 2005.

Adicionalmente, se precisa que los reajustes legales a los que hizo referencia el juez de primera instancia, son aquellos enunciados en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, los que fueron creados con el fin de que las pensiones, mantengan su valor adquisitivo constante, por lo que el 1 de enero de cada año, aumentaran los beneficios pensionales, según la

variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE.

En relación con la compartibilidad pensional, esta Sala considera que al no existir prueba alguna que determine si la demandante ya accedió a una pensión de vejez, por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, para efectos de determinar si la entidad convocada a juicio debe reconocer el mayor valor por efectos de la compartibilidad, no es posible fijar la fecha en que esta figura jurídica procede, empero la imposibilidad de conocer la calenda en mención, no impide o cercena el derecho de la accionada, pues es por mandato legal que se debe dar aplicación a la misma, por lo que desde la fecha misma de reconocimiento de la pensión legal, procederá la compartibilidad pensional, con el beneficio convencional.

Finalmente, respecto de los intereses moratorios, no hay lugar a ellos, como quiera que no se trata de una pensión legal, sino establecida en un acuerdo colectivo.

Al respecto resulta pertinente citar la sentencia SL1758 de 2020-C.*S.J M.P. Omar A. Mejía Amador*-, que frente a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en pensiones convencionales, estableció: "*En lo referente al reconocimiento de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, resulta pertinente reiterar que, según la jurisprudencia de esta Corte, estos no proceden, entre otras situaciones, frente a pensiones convencionales (SL8544-2016)*"

En conclusión, como quiera que la pensión reconocida a la demandante, no es de aquellas reguladas por la Ley 100 de 1993, se reitera no hay lugar a reconocer esta acreencia.

En los anteriores términos la sentencia de primera instancia, será revocada parcialmente, solo respecto de la condena por intereses moratorios.

Costas. Sin costas en esta instancia.

293

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 01 de octubre de 2019, en el entendido de ABSOLVER a BAVARIA S.A., de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, según se expuso.

SEGUNDO: CONFIRMAR EN LO DEMAS LA SENTENCIA RECURRIDA.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notifica en estrados por su pronunciamiento oral.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

ULTIMA HOJA DEL PROCESO ORDINARIO N.°016-2017-005163-01 PROMOVIDO POR DORIS ONEIDA SALAMANCA BARÓN VS BAVARIA S.A.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Cuarta de Decisión Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR FRANCISCO TORRES MENESES contra **COLPENSIONES Y JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.**

RADICADO: 11001 31 05 029-2017-00528-01

Bogotá D. C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por el memorialista en el escrito allegado al plenario, se **RECONOCE** a la Dra. **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES,** identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 de Puente Nacional y Tarjeta Profesional 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demandada COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

En atención al auto precedente, que ordenó la remisión del expediente a este despacho, dado que la ponencia inicial no fue acogida por la mayoría de los magistrados integrantes de la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se procede resolver el recurso de apelación a favor de las partes y el grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia proferida el 15 de marzo de 2019, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C.

Por otra parte se advierte que el apoderado de COLPENSIONES, escrito de alegaciones, a fin de que se revoque la sentencia de primera instancia, bajo el argumento que el actor no acreditó las 50 semanas dentro de los tres años previos a la estructuración de la invalidez, tal como lo exige la Ley 860 de 2003. Sin que en su concepto sea posible aplicar el Acuerdo 049 de 1990, por virtud del principio de la condición más beneficiosa, ya que para ello además de que la invalidez se tuvo que configurar entre el 1 de abril de 1994 y el 29 de enero de 2003, no era la normatividad inmediatamente anterior a la fecha de la perdida de la capacidad laboral.

Mientras tanto el apoderado del demandante, en sus alegaciones insiste en que la fecha de estructuración de la invalidez, se presentó el 9 de diciembre de 2008, fecha de realización del Ecocardiograma Transtoracico, además de contar con antecedentes de cáncer e hipertensión esencial primaria. Adujo que para avalar las situaciones fácticas, allegó un dictamen pericial, el que fue sustentado con suficiencia y explica las razones por las cuales se debe tomar el 09 de diciembre de 2008, como fecha de estructuración. Finalmente precisa, que en caso de no acogerse el argumento principal, se de aplicación al Acuerdo 049 de 1990, por virtud del principio de la condición mas beneficiosa.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretende la nulidad del dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, y se declare que tiene una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, con fecha de estructuración el 9 de diciembre de 2008, como consecuencia de ello, solicita el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, prevista en la Ley 860 de 2003, junto con los intereses moratorios y las costas del proceso. De manera subsidiaria peticiona el pago de la prestación desde la fecha de estructuración que se determine, por cumplir con los requisitos contenidos en el Acuerdo 049 de 1990. Sustento sus pretensiones en que el 17 de mayo de 2016, ASALUD-COLPENSIONES emitió un dictamen de pérdida de capacidad laboral, designándole el 41.96%, con fecha de estructuración el 25 de marzo de 2016, que inconforme con dicha decisión, fue valorado por la Junta

529

Regional de Bogotá, que estableció una pérdida de la capacidad laboral del 56.80%, y determinando el 25 de marzo de 2016, como calenda de estructuración. Que la Junta Nacional de Calificación, al resolver el recurso de apelación confirmó el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, pero estableciendo como data de configuración de la invalidez, el 23 de marzo de 2016. Que solicitó el reconocimiento de la pensión a la entidad de seguridad social, pero que la misma ha sido negada, pese a que ha cotizado al sistema 705 semanas.

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que el afiliado no cumple con los requisitos normativos para ser beneficiario de la prestación que invoca. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria y cobro de lo no debido (folio 249-256).

Por su parte la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**, al dar contestación al acápite de pretensiones, adujo que se atiene a lo que resulte probado en el proceso. Así mismo manifestó que la asignación de la fecha de estructuración obedece a un parámetro científico *"por lo que resulta imposible remontar una fecha de estructuración para el año 2008, cuando resulta claro por la historia clínica que el paciente **ES INVALIDO PARA EL AÑO 2016.**"* (Folio 268-285)

II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, con sentencia del 15 de marzo de 2019, resolvió

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *que la fecha de estructuración de pérdida de capacidad laboral del señor FRANCISCO TORRES MENESES, es el 23 de marzo de 2016.*
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de invalidez al señor FRANSCISCO TORRES MENESES, a partir del 23*

de marzo de 2016, en cuantía equivalente al salario mínimo legal vigente y por 13 mesadas conforme a lo expuesto en la parte motiva.
TERCERO: CONDENAR *a la ADMININISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, el retroactivo pensional causado, indexado el mismo a la fecha de pago de conformidad con el IPC certificado por el DANE.* ***CUARTO: ABSOLVER*** *a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.*
QUINTO: SIN CONDENA *en costas.*
SEXTO: CONSULTAR *con el Superior en caso de no ser apelado."*

III. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

Solicita se modifique la sentencia proferida por el Juez de primera instancia, en el sentido de establecer como fecha de estructuración el 9 de diciembre de 2008 teniendo en cuenta que el dictamen rendido por la Dra. Diana Milena Triana, además de indicar dicha anualidad como fecha de configuración, resulta más concreto y específico. Sumado a que para la mencionada calenda, no se encontraba trabajando, dependía económicamente de la esposa y contaba con un post- operatorio del carcinoma de próstata. Por otra parte afirmó, que la SOCIEDAD DE MEDICINA DEL TRABAJO, no hizo referencia en su dictamen, a la enfermedad de la próstata y de vesículas seminales de que trata el Manual Único de Calificación de Invalidez en su tabla No. 11.5. Finalmente, señaló que en caso de no prosperar la súplica principal, se concedan aquellas peticionadas de manera subsidiarias, al considerar que cumple con los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990.[1]

---

[1] Recurso de apelación parte demandante: *"Gracias Dra. Por el uso de la palabra. En este punto del proceso y como quiera que las pretensiones principales no salieron avante, pues interpongo recurso de apelación para que se modifique la sentencia que igualmente se solicita sea condenatoria, sin embargo sí que se estudie nuevamente por parte del Tribunal las pretensiones principales relacionadas con el cambio de la fecha de estructuración de la invalidez y porque se apela esta sentencia en este sentido, porque consideraba el suscrito que el dictamen pericial rendido por la Dra. Diana Milena Triana es mucho más concreto y a su vez es mucho más específico, en el sentido de que indica que para el año 2008 no solamente el SR: TORRES MENESES padecía la enfermedad cardiovascular a la que hizo mención el despacho, sino que también para esa época menciona el dictamen pericial que para esa época ya se tenía el antecedentes de PROSTACTETOMIA RADICAL POR ADERNOCARCINOMA DE PROSTATA, es decir, tenía cáncer de próstata para esa época, realizada en el 2006 tuvo una operación. Lo que si se hubiese calificado indica este dictamen arrojaría el mismo porcentaje de la calificación actual del 20% por ese diagnóstico, es decir, que este mismo dictamen nos esta explicando que la deficiencia por la enfermedad cardiovascular arroja 32% y que para esa época ya contaba también con una deficiencia del 20% por el diagnostico que*

630

IV. RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDADA

Argumentó que para dar aplicación al Acuerdo 049 de 1990, por virtud del principio de la condición más beneficiosa, resultaba necesario que la invalidez del afiliado, se hubiere producido entre el 1 de abril de 1994 y el 29 de enero del 2003. Igualmente indicó que el principio constitucional mencionado, permite aplicar es el régimen inmediatamente anterior para el momento en que se produjo la invalidez. Citó algunos precedentes jurisprudenciales, que a su juicio sirven de referente para la aplicación de la figura jurídica de la condición más beneficiosa, más cuando pone de

---

tenía en ese momento y que tiene aún en tratamiento el Sr. De cáncer de próstata llamado PROTASTECTOMIA RADICAL POR ADERNOCARCINOMA DE PROSTATA. Además en ese dictamen también aportado por la parte demandante, se debe tener en cuenta que se indica el acápite de observaciones que para la asignación de los valores del segundo título del manual de calificación de invalidez se indica que se trata para esa época de una persona de 70 años que no labora desde el 2008 y que tampoco se encuentra en la búsqueda de empleo y que según el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez depende económicamente de la esposa, por lo cual se le debería de asignar para esa época un 25% que equivale a un rol ocupacional adaptado con dificultad moderada, porcentaje este que es superior a los determinados por las Juntas Nacional, Regional de Calificación de Invalidez y pues por el aportado por parte de la SOCIEDAD COLOMBIANA DE MEDICINA DEL TRABAJO. Entonces son varios los elementos que tiene este dictamen y que tiene la historia clínica que también hace parte del proceso, que nos pueden hacer llegar a concluir que efectivamente para el 2008 ya se contaba con una fecha de estructuración, con una pérdida de capacidad laboral del 50% o más. Vuelvo y los resumo para cerrar el argumento, el hecho de que para el 2008 ya no estaba trabajando, el hecho que para el 2008 ya dependía económicamente de la esposa, el hecho de que para el 2008 además de la enfermedad cardiovascular también contaba ya con el post operatorio del carcinoma de próstata que tenía. Estos argumentos pues además fueron también expuestos por la Dra. Diana Milena Triana y son mucho más específico que los que hace la Junta Nacional, porque la Junta Nacional nunca hacen referencia a que para el 2006 el Sr. Ya había tenido el tratamiento, había tenido la operación de PROSTACTETOMIA RADICAL POR ADENORCACINOMA DE PROSTATA, en ninguno de los dictámenes yo vi que al momento de estudiar la fecha de estructuración se tuviera en cuenta este diagnóstico. Si bien la SOCIEDAD DE MEDICINA DEL TRABAJO indica que para el 2008 no había compromiso discal y no había compromiso gastrointestinal, no hacen referencia a que no había compromiso de la deficiencia que se califica por este diagnóstico que es la deficiencia por enfermedad de la próstata y de las vesículas seminales de que trata el Manual Único de Calificación de Invalidez en su tabla No. 11.5, entonces no hace mención ninguno de los dictámenes practicados por las Juntas y por la SOCIEDAD COLOMBIANA DE MEDICINA DEL TRABAJO sobre estos aspectos. Entonces yo considero que si pueden ser determinados para el año 2008 que existe ya una pérdida de capacidad laboral superior al 520% que da lugar a que se estudie la prestación a la luz de la Ley 100 de 1993 con sus modificaciones y a partir de esta fecha tener en cuenta, revisar la historia laboral y determinar que efectivamente aquí si se cuenta con las 50 semanas. Entonces en ese sentido se deja planteado el recurso de apelación ante el Tribunal para que se modifique en el sentido de si condenar a la entidad, pero no por las pretensiones subsidiarias sino por las principales. En caso de que contrario, pues que se confirme la condena que hoy se establece también teniendo en cuenta como argumento adicional, además de lo ya esbozado por el despacho que me parece que son suficientes y que son muy interesantes, además también cumple con 150 semanas en los últimos 6 años. También requisito establecido en el Acuerdo 049, no solamente cumple con las 300 de tiempo sino también cumple con las 150 en los últimos 6 años, aun manteniendo las fechas de estructuración de las Juntas. Entonces en esos términos dejo sentado el recurso de apelación para que se tenga en cuenta por el Tribunal gracias.

presente que la última cotización efectuada por el afiliado fue en el año 2012.[2]

V. CONSIDERACIONES

En virtud de lo señalado en el artículo 66 A del CPT y de la SS-*Principio de consonancia*-la Sala examinará si el señor FRANCISCO TORRES MENESES, tiene derecho a la pensión de invalidez de origen común. En caso afirmativo, se debe establecer la fecha de causación del derecho pensional.

---

[2] Recurso de apelación parte demandada: Señores magistrados expongo mi recurso de apelación en los siguientes términos: En cuanto a la decisión proferida por el despacho en la sentencia antes proferida, respecto de la pretensión subsidiaria encaminada a que se le reconozca la pensión de invalidez aplicándole la condición más beneficiosa es preciso indicar que antes de efectuar el estudio de la condición más beneficiosa, es pertinente indicarle al actor que para la aplicación del Decreto 758 del 90 el hecho generador de invalidez debió haberse producido entre el 1 de abril del 94 y l 29 de enero del 2003. En ese orden de ideas el estudio de la condición más beneficiosa se hará conforma la régimen inmediatamente anterior de la norma vigente para el momento en que se produjo la invalidez, es decir, la ley 100 del 93. Respecto de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa SL radicado 4596 señalo lo siguiente: *"Ya se ha dicho que la utilización de la condición más beneficiosa no debe entenderse como una etapa permanente de protección, pues como lo sostuvo esta corporación en sentencia CL del 2 de septiembre del 2008, radicado 32765 la obligación de progresividad bajo la cual es estado debe ofrecer la cobertura en la seguridad social como ya lo ha dilucidado la jurisprudencia constitucional no es un principio absoluto ni inflexible, debe estar sujeta a las posibilidades que el sistema tenga de seguir ofreciendo unas prestaciones sin que se afecte la sostenibilidad financiera del sistema"*. El juicio de progresividad comparando lo que ofrece la legislación nueva respecto a lo anteriores, no puede responder a una mera racionalidad interés individual que se examina sino que en correspondencia con la naturaleza de la seguridad social debe atenderla de mención colectiva de los derechos tanto de los que se reclaman hoy como los que se deben ofrecer mañana. En igual sentido, la Sala en providencia SL del 9 de diciembre del 2008 radicado 32642 reitero que este principio no puede dirigirse en una regla absoluta, porque en el estado constitucional no hay lugar a mandatos de ese género. Pues sin manera alguna debe conducir al endiosamiento de la norma laboral.
A su vez el concepto jurídico 201712672083 del 29 de noviembre del 2017 indico: *"Frente a la pensión de invalidez el afiliado cotizante al momento del cambio normativo que al 29 de diciembre del 2003 el afiliado estuviese cotizando, que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo anterior al 29 de diciembre del 2003. Que la invalidez se produzca ante del 29 de diciembre del 2003 y el 29 de diciembre del 2006 inclusive. Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo antes de la invalidez, si para el momento de eso estaba cotizando 26 semanas en el año inmediatamente anteriores si para la fecha de estructuración de invalidez no se encontraba cotizando. Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo. Al 29 de diciembre del 003 el afiliado no estuviese cotizando y que hubiese aportado 26 semanas en el año que antes se ve a dicha data, es decir, entre el 29 de diciembre el 2003 al 29 de diciembre del 2002. Que la invalidez se produzca 29 de diciembre del 2003 y el 29 de diciembre del 2012. Que la invalidez se produzca entre el 29 de diciembre del 2003 y el 29 de diciembre del 2006 inclusive que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo y antes de la invalidez, si para el momento del deceso estaba cotizando 26 semanas en el año inmediatamente anterior si para la fecha de la estructuración de la invalidez no se encontraba cotizando.* En este sentido, se observa que la última cotización hecha para realizo el 30 de junio del 2012 razón por la cual no considera mi representada que es posible aplicar la condición más beneficiosa

631

Sabido es que, en principio la norma que regula el reconocimiento de la pensión de invalidez, es la vigente al momento en que se produce la estructuración.

Así mismo el artículo 3 del Decreto 1507 de 2014, establece en cuanto a la fecha de estructuración de invalidez o declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral, lo siguiente:

> *"Se entiende como la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional."*

Ahora, en sentencia SL18824 con radicación 54609 del 8 de noviembre de 2017, la H. Corte Suprema de Justicia adoctrinó:

> *Por otro lado, es cierto que la fecha de estructuración de la invalidez señalada por las juntas de calificación, puede ser desatendida por el Juez al momento de estudiar la situación particular de un afiliado al sistema de seguridad social, siempre que, como ocurrió en la sentencia citada por la censura, CSJ SL, 26 nov. 1998, rad. 11141, la afección imposibilite al asegurado hacer uso de su fuerza laboral desde una fecha anterior a la estructuración. En tal evento, ha expuesto esta Corporación, se toma una data diferente, que en esa providencia fue la del accidente sufrido.*
>
> *Empero, la regla general es que la fecha de estructuración se conoce al finalizar el proceso de calificación y se determina la pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva de la persona, la cual puede coincidir o no con la fecha de calificación, o con el evento que desencadena la pérdida de capacidad laboral.*

De lo anterior se colige que el Alto Tribunal de la Jurisdicción ordinaria laboral, permitió tomar en cuenta la fecha en que efectivamente el afiliado perdió la capacidad real y efectiva de su fuerza laboral para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez, y no la fecha de la estructuración de la invalidez enunciada en el dictamen médico,

En el presente asunto, Colpensiones Calificó las patologías del demandante, determinando que las mismas le generaban una pérdida de capacidad laboral 41.96%, con fecha de estructuración el 25 de marzo de 2016 (folio 111). Que inconforme con dicha determinación, fue valorado por la Junta Regional de Calificación de Bogotá y Cundinamarca, que varió la evaluación, indicando que tenía una pérdida del 56,8%, a partir del 25 de marzo de 2016 (folio 134). Finalmente la Junta Nacional de Calificación, confirmó el porcentaje de pérdida de capacidad laboral-56.80%-pero adujo que la misma se configuraba desde el 23 de marzo 2016 (folio 163).

Ahora, el accionante pretende que la estructuración se configure desde el 09 de diciembre de 2008 (folio 6-7), bajo el argumento que así lo señaló el dictamen rendido por la Dra. Diana Milena Triana, además de indicar que para dicha anualidad ya no laboraba, dependía económicamente de la esposa y contaba con un post- operatorio del carcinoma de próstata.

Para dar solución al cuestionamiento planteado por el actor, el juez de Primera instancia, decidió remitir el caso del demandante, a la Sociedad Colombiana de Medicina del Trabajo, con el propósito que calificara el porcentaje, fecha de estructuración y origen de las enfermedades padecidas, encontrando dicha entidad, que las patologías que tenía el actor, le generaba una pérdida de capacidad laboral del 56.80% con fecha de estructuración el 23 de marzo de 2016 (folio 470-487).

En la mencionada calificación se hizo una relación de las enfermedades que aquejaban al actor, desde el año 2006, encontrando que solo hasta el 2016, las mismas le generaron una invalidez, confirmando de esta forma la decisión adoptada por la Junta Nacional de Calificación (folio 163).

Ahora si bien el demandante, con el propósito de probar los supuestos de hechos narrados en el escrito de demanda allegó un dictamen rendido por la Dra. DIANA MILENA TRIANA GÓMEZ, medica especialista en Salud Ocupacional, quien rindió declaración ante el A-quo, el 07 de marzo de 2016 (folio 25 y 493); se considera por parte de esta Sala de Decisión, que este material probatorio no alcanza a desvirtuar o dejar sin efectos, la

532

calificación emitida por la Junta Nacional de Calificación, el 31 de mayo de 2017, por las razones que a continuación se indican:

Según la historia clínica que obra de folio 28 a 98, e incluso del dictamen rendido por la Dra. TRIANA GOMEZ (folio 15), se logra evidenciar que el demandante en el año 2006, presentó un tumor maligno en su próstata, alteración a nivel de fibras nerviosas en ambos ojos, y dolor lumbar, patologías que aunque aparecieron desde dicha anualidad, no le generaron en su momento una perdida en su capacidad laboral, pues así se pude concluir de lo plasmado por la Junta Regional de Calificación en su dictamen, toda vez que en el acápite de "Especialidad: Psicología y fisioterapia", valoración que fue realizada el 4 de octubre de 2016, se indicó: "*trabajo como electricista independiente hasta hace tres años" (folio 131)*, es decir, si nos remontamos tres años atrás, seria en el 2013, sumado a que cotizó como trabajador independiente hasta el mes junio de 2012 (folio 262).

Por lo tanto este supuesto factico desvirtúa la afirmación realizada por el actor, relacionada que desde al año 2008, dejo de labor, por cuestiones de salud.

Adicionalmente, la Junta Nacional en su calificación tuvo en cuenta las patologías por prostatectomía por carcinoma, e incluso este organismo manifestó: "*Las deficiencias por prostatectomía por carcinoma de próstata se relacionan con la fecha en que se realizó dicho procedimiento en el año 2006, con buena evolución, sin evidencia de recidivas ni metástasis." (folio 163),* por lo que no resulta acertada la manifestación efectuada por el actor al recurrir la decisión de primera instancia, en cuanto a que se desconoció dicha enfermedad.

Ahora, en el dictamen que allegó el demandante, se indica como fecha de perdida de la capacidad laboral el 9 de diciembre de 2008, e indicando la perito que "*corresponde a la fecha de realización de Ecocardiograma transtorácico con hallazgos de: Cardiopatía hipertensiva y valvular mitroaortica de origen senil. A partir de esta fecha, los hallazgos posteriores en los siguientes Ecocardiogramas tomados, no han cambiado*

significativamente. De igual forma, tampoco han cambiado los niveles de tensión arterial o los múltiples medicamentos que requiere el paciente para el tratamiento de su hipertensión" (folio 24).

Sin embargo, la Junta Nacional, al realizar su dictamen adujo que: *"la función sistólica ha permanecido normal con buena fracción de eyección, la hipertensión se encuentra controlada en tratamiento por esofagitis y gastritis sin alteraciones anatómicas ni funcionales, en los últimos años se han documentado glaucoma sin alteración de la función visual, todo lo anterior incluso mejoría en algunas deficiencias" (folio 163)*

A lo anterior se suma que la Sociedad Colombiana de Medicina del Trabajo, precisó en su calificación que para el año 2008, no había un diagnostico objetivado, manejado en estado de secuelas de patología discal y gastrointestinal, como tampoco existía un compromiso funcional cardiovascular que limitara la actividad independiente en la vida diaria y cotidiana del actor: *"así las cosas si eliminamos las patologías que no se habían establecido Adecuadamente (sic) A (sic) esta fecha, eliminamos también mucho del compromiso funcional que se le atribuye en 2016 como ya aceptado y evidente, por lo tanto hecho el ejercicio NO es posible considerar que la pérdida de capacidad laboral para ese momento fuese acorde con la invalidez, como si lo es años mas adelante cuando llega a un 50% de PCLO cumpliendo con los parámetros técnicos y de norma.* (folio 483).

En este orden de ideas se concluye, en primer lugar que la Junta Nacional de Calificación, en su dictamen si tuvo en cuenta la enfermedad -*prostatectomía por carcinoma de próstata-*, que se comprobó que actor siguió laborando más allá del año 2008, además que un examen como lo fue *"Ecocardiograma transtorácico"*, no determina la fecha de invalidez de una persona, pues se puede tratar de una patología que se presentó en el paciente desde años atrás y solo fue diagnostica con posterioridad, que además puede ser una enfermedad que por su tratamiento genere una mejoría o por el contrario un deterioro en el paciente. Adicionalmente, que al tratarse de un tema que requería de conocimiento técnico y científico, se acudió a la Sociedad de Medicina del Trabajo, entidad que fue clara en confirmar que la fecha de estructuración de invalidez del actor, lo fue el 23

537

de marzo de 2016, ya que existían secuelas de las diferentes patologías que tenía el accionante, situaciones que no presentaban para el año 2008, ya que para dicha calenda, no existía diagnósticos objetivos, manejados y estados de secuelas de las enfermedad discal y gastrointestinal, como tampoco que los problemas cardiovasculares, le estuviesen generado un compromiso funcional.

Así las cosas, como quiera que solo hasta el 2016, las diversas patologías que presentaba el actor desde el año 2006, generaron secuelas, siendo estas las que determinan la estructuración de la invalidez, tal como lo dejo plasmado el artículo 3 del Decreto 1507 de 2014, se habrá de confirmar la sentencia de primera instancia, referente a la fecha de configuración de la PCL.

Así las cosas, dado que la invalidez se estructuró el 23 de marzo de 2016, el precepto jurídico aplicar, es el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, que exige tener 50 semanas de cotización dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de invalidez, presupuesto que según da cuenta la historia laboral que obra a folio 336, no cumplió el demandante, dado que la última cotización la realizó en junio de 2012; sin embargo, la jurisprudencia de nuestro tribunal de cierre, ha establecido por excepción, la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, cuando ante un cambio del sistema de seguridad social en pensiones, el nuevo contempla unos requisitos más gravosos que el anterior. Así se puede leer en la sentencia con radicación N° 40662 del 15 de febrero de 2011, mediante la cual determinó que la condición más beneficiosa, se distingue porque: *(i) opera en el tránsito legislativo, y ante la ausencia de un régimen de transición; (ii) se debe cotejar una norma derogada con una vigente, y (iii) el destinatario posee una situación jurídica concreta, la cual es protegida, dado que con la nueva ley se le desmejora.*

No obstante, la Sala de Casación Laboral[3] ha precisado que, este principio no le permite al juzgador efectuar una búsqueda histórica en las legislaciones anteriores para ver cual se ajusta a su situación, en la medida que ello desconocería la aplicación inmediata de las leyes sociales y el

[3] Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Laboral SL 1000 del 11 de marzo de 2020.

hecho que éstas en principio rigen hacia el futuro, lo que indica que solo este beneficio permite aplicar, la normatividad anterior a la que se encuentra vigente, que en el caso examinado seria la Ley 100 de 1993, en su texto original, mas no el Acuerdo 049 de 1990.

Ahora, frente a la aplicación de la Ley 100 de 1993 por virtud del principio de la condición más beneficiosa, en la Sentencia con radicación 44596 del 25 de enero de 2017, se estableció que solo es posible la aplicación de la Ley 100 de 1993, para aquellos afiliados que estructuraron su invalidez en vigencia de la ley 860 de 2003, esto es, cuando la invalidez se produzca entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006: "***Solo es posible que la Ley 860 de 2003 difiera sus efectos jurídicos hasta el 26 de diciembre de 2006, exclusivamente para las personas con una expectativa legítima. Con estribo en ello se garantiza y protege, de forma interina pero suficiente, la cobertura al sistema general de seguridad social frente a la contingencia de la invalidez, bajo la égida de la condición más beneficiosa. Después de allí no sería viable su aplicación, pues este principio no puede convertirse en un obstáculo de cambio normativo y de adecuación de los preceptos a una realidad social y económica diferente, toda vez que es de la esencia del sistema el ser dinámico, jamás estático. Expresado en otro giro, durante dicho periodo (26 de diciembre de 2003 – 26 de diciembre de 2006), el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos con venero en el principio de la condición más beneficiosa, para las personas con expectativa legítima, ulterior a ese día opera, en estrictez, el relevo normativo y cesan los efectos de este postulado constitucional.***" *(Negrilla y cursiva fuera del texto).*

En este orden de idas, como quiera que en el asunto de marras la invalidez del demandante se estructuró el 23 de marzo de 2016, tampoco hay lugar aplicar la normatividad enunciada.

Por las razones expuestas la sentencia de primera instancia será revocada frente a los numerales segundo y tercero, que ordenó el reconocimiento de la pensión de invalidez, como quiera que el accionante no acreditó los requisitos exigidos en la Ley 860 de 2003 para su causación, no pudiéndose

534

estudiar la prestación bajo las prerrogativas establecidas en el Acuerdo 049 de 1990, ya que el principio de la condición más beneficiosa, permite es la aplicación de la normatividad anterior a la que se encuentra vigente, no siendo el acuerdo en mención, ni la Ley 100 de 1993, en su texto original.

Costas.

Sin costas en la instancia

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR LOS NUMERALES SEGUNDO Y TERCERO DE LA SENTENCIA proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, el 15 de marzo de 2019, en su lugar se ABSUELVE a COLPENSIONES de la condena referente al reconocimiento de la pensión de invalidez, según se expuso.

SEGUNDO: CONFIRMAR EN LO DEMAS LA SENTENCIA CONSULTADA Y APELADA.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notifica en estrados.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOSA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Salvo Voto

Última hoja del proceso ordinario n.°029-2017-00528-01, promovido por Francisco Torres Meneses contra Colpensiones y otros.

535

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Radicación 29-2017-00528-01

DEMANDANTE: **FRANCISCO TORRES MENESES**

DEMANDADO : **COLPENSIONES Y JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**

ASUNTO : **SALVAMENTO DE VOTO**

AUTO

Con el debido respeto, las razones por las cuales discrepo de la decisión tomada por la mayoría de la Sala, están consignadas en la ponencia que anexo a la presente.

En la fecha, 25 de septiembre de 2020.

MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA

Magistrado

536

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Ponente

Radicación 29-2017-00528-01

Bogotá D.C.; Mayo catorce (14) de Dos Mil Diecinueve (2019)

DEMANDANTE: **FRANCISCO TORRES MENESES**

DEMANDADO: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE BOGOTA

ASUNTO : **APELACIÓN** (Demandante y demandada)

PROYECTO DE SENTENCIA

En la fecha, se constituye la Sala 2° de Decisión Laboral en audiencia pública a fin de proferir sentencia de segunda instancia sobre el proceso de la referencia, en el cual se profirió fallo por el juzgado 29° Laboral del Circuito de Bogotá, el día 15 de marzo de 2019. Presentes en la audiencia: 1-Dte: 2-Apdo: 3-DDo. 4-Apdo:

No observándose irregularidad que invalide lo actuado, se procede a proferir decisión de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor FRANCISCO TORRES MENESES instauró demanda ordinaria laboral contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y JUNTA NACIONAL DE CALIFICIÓN DE INVALIDEZ, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 225 a 227):

DECLARATIVAS:

1) Que se declare la nulidad del dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 31 de mayo de 2017.
2) Que el demandante es inválido de conformidad con el artículo 38 de la Ley 100 de 1993por contar con una pérdida de capacidad laboral de origen común superior al 50%, estructurada el 9 de diciembre de 2008.
3) Que el demandante tiene derecho a que le sea reconocida la pensión de invalidez de origen común, a partir de la fecha de estructuración de invalidez por cumplir con los requisitos contenidos en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 860 de 2003.

SUBSIDIARIAS:

1. En caso que no sea declarado que la fecha de estructuración de invalides sea el 9 de diciembre de 2009, declarar que el demandante tiene derecho a que sea reconocida la pensión de invalidez de origen común, a partir de la fecha de estructuración de invalidez que sea determinada, por cumplir con los requisitos contenidos en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

CONDENATORIAS:

1. A pagar la pensión de invalidez de origen común, a partir de la fecha de estructuración de la invalidez, en cuantía no inferior al SMLMV.
2. A pagar las mesadas causadas desde la fecha de estructuración de la invalidez y mientras subsistan en este estado el demandante.

537

3. Intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
4. Costas procesales.

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 249 a 256), así como la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ (fls. 268 a 285), de acuerdo al auto visible a folio 483. Se opuso a las pretensiones del demandante y propuso excepciones de mérito.

La parte demandante reformó la demanda (fls. 297 a 309), modificando la introducción del dictamen a fin de subsanar falencias que se observaron en el cuerpo original, con el fin de dar cumplimiento íntegro al artículo 226 CGP, así mismo solicita el interrogatorio de parte a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y nuevo dictamen pericial de oficio de considerarlo pertinente por el Juzgado.

COLPENSIONES contestó la reforma de la demanda (fls. 446 a 452), así como la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ (fls. 454 a 456), de acuerdo al auto visible a folio 458. Se opuso a las pretensiones del demandante y propuso excepciones de mérito.

El **JUZGADO 29° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 15 de marzo de 2016. **DECLARÓ** que la fecha de estructuración de pérdida de capacidad laboral del señor FRANCISCO TORRES MENESES es el 23 de marzo del 2016. **CONDENÓ** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de invalidez al señor FRANCISCO TORRES MENESES a partir del 23 de marzo de 2016, en cuantía equivalente al SMLMV y por 13 mesadas. **CONDENÓ** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES el retroactivo pensional causado, indexando el mismo a la fecha de pago de conformidad con el IPC certificado por el DANE. **ABSOLVIÓ** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra. Sin condena en **costas**.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante**[1] interpuso recurso de apelación de los siguientes puntos de la sentencia:

1. **CAMBIO FECHA DE ESTRUCTURACIÓN:** Solicita se modifique la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de mover la fecha de estructuración del demandante, teniendo en cuenta que el dictamen rendido por la Dra. Diana Milena Triana es mucho más

[1] Cd Folio 496 Record 33:45. Gracias Dra. Por el uso de la palabra. En este punto del proceso y como quiera que las pretensiones principales no salieron avante, pues interpongo recurso de apelación para que se modifique la sentencia que igualmente se solicita sea condenatoria, sin embargo sí que se estudie nuevamente por parte del Tribunal las pretensiones principales relacionadas con el cambio de la fecha de estructuración de la invalidez y porque se apela esta sentencia en este sentido, porque consideraba el suscrito que el dictamen pericial rendido por la Dra. Diana Milena Triana es mucho más concreto y a su vez es mucho más específico, en el sentido de que indica que para el año 2008 no solamente el SR: TORRES MENESES padecía la enfermedad cardiovascular a la que hizo mención el despacho, sino que también para esa época menciona el dictamen pericial que para esa época ya se tenía el antecedentes de PROSTACTETOMIA RADICAL POR ADERNOCARCINOMA DE PROSTATA, es decir, tenía cáncer de próstata para esa época, realizada en el 2006 tuvo una operación. Lo que si se hubiese calificado indica este dictamen arrojaría el mismo porcentaje de la calificación actual del 20% por ese diagnóstico, es decir, que este mismo dictamen nos esta explicando que la deficiencia por la enfermedad cardiovascular arroja 32% y que para esa época ya contaba también con una deficiencia del 20% por el diagnostico que tenía en ese momento y que tiene aún en tratamiento el Sr. De cáncer de próstata llamado PROTASTECTOMIA RADICAL POR ADERNOCARCINOMA DE PROSTATA. Además en ese dictamen también aportado por la parte demandante, se debe tener en cuenta que se indica el acápite de observaciones que para la asignación de los valores del segundo título del manual de calificación de invalidez se indica que se trata para esa época de una persona de 70 años que no labora desde el 2008 y que tampoco se encuentra en la búsqueda de empleo y que según el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez depende económicamente de la esposa, por lo cual se le debería de asignar para esa época un 25% que equivale a un rol ocupacional adaptado con dificultad moderada, porcentaje este que es superior a los determinados por las Juntas Nacional, Regional de Calificación de Invalidez y pues por el aportado por parte de la SOCIEDAD COLOMBIANA DE MEDICINA DEL TRABAJO. Entonces son varios los elementos que tiene este dictamen y que tiene la historia clínica que también hace parte del proceso, que nos pueden hacer llegar a concluir que efectivamente para el 2008 ya se contaba con una fecha de estructuración, con una pérdida de capacidad laboral del 50% o más. Vuelvo y los resumo para cerrar el argumento, el hecho de que para el 2008 ya no estaba trabajando, el hecho que para el 2008 ya dependía económicamente de la esposa, el hecho de que para el 2008 además de la enfermedad cardiovascular también contaba ya con el post operatorio del carcinoma de próstata que tenía. Estos argumentos pues además fueron también expuestos por la Dra. Diana Milena Triana y son mucho más específico que los que hace la Junta Nacional, porque la Junta Nacional nunca hacen referencia a que para el 2006 el Sr. Ya había tenido el tratamiento, había tenido la operación de PROSTACTETOMIA RADICAL POR ADENORCACINOMA DE PROSTATA, en ninguno de los dictámenes yo vi que al momento de estudiar la fecha de estructuración se tuviera en cuenta este diagnóstico.
Si bien la SOCIEDAD DE MEDICINA DEL TRABAJO indica que para el 2008 no había compromiso discal y no había compromiso gastrointestinal, no hacen referencia a que no había compromiso de la deficiencia que se califica por este diagnóstico que es la deficiencia por enfermedad de la próstata y de las vesículas seminales de que trata el Manual Único de Calificación de Invalidez en su tabla No. 11.5, entonces no hace mención ninguno de los dictámenes practicados por las Juntas y por la SOCIEDAD COLOMBIANA DE MEDICINA DEL TRABAJO sobre estos aspectos. Entonces yo considero que si pueden ser determinados para el año 2008 que existe ya una pérdida de capacidad laboral superior al 520% que da lugar a que se estudie la prestación a la luz de la Ley 100 de 1993 con sus modificaciones y a partir de esta fecha tener en cuenta, revisar la historia laboral y determinar que efectivamente aquí si se cuenta con las 50 semanas.
Entonces en ese sentido se deja planteado el recurso de apelación ante el Tribunal para que se modifique en el sentido de si condenar a la entidad, pero no por las pretensiones subsidiarias sino por las principales. En caso de que contrario, pues que se confirme la condena que hoy se establece también teniendo en cuenta como argumento adicional, además de lo ya esbozado por el despacho que me parece que son suficientes y que son muy interesantes, además también cumple con 150 semanas en los últimos 6 años. También requisito establecido en el Acuerdo 049, no solamente cumple con las 300 de tiempo sino también cumple con las 150 en los últimos 6 años, aun manteniendo las fechas de estructuración de las Juntas. Entonces en esos términos dejo sentado el recurso de apelación para que se tenga en cuenta por el Tribunal gracias.

538

concreto y a su vez es mucho más específico, en el sentido de que indica que para el año 2008 no solamente el SR: TORRES MENESES padecía la enfermedad cardiovascular a la que hizo mención el despacho, sino que también para esa época ya se tenía antecedentes de PROSTACTETOMIA RADICAL POR ADERNOCARCINOMA DE PROSTATA, es decir, que para el año 2008 el actor ya padecía de cáncer de próstata, máxime si se tiene en cuenta que en el año 2006 le practicaron una cirugía, por lo que por ese diagnóstico arrojaría el 20%, y por la enfermedad cardiovascular el 32% y que sumada con la otra deficiencia del 20%, es posible modificar la fecha de estructuración para la determinada en el dictamen aportado con la demanda, precisando en todo caso que es una persona de 70 años que no labora desde el 2008 y que depende económicamente de su esposa, aunado a la historia clínica allegada con la que se puede concluir que para el año 2008 el demandante contaba con fecha de estructuración y con más del 50% de pérdida de capacidad laboral.

Ahora bien, si bien en el dictamen proferido por la SOCIEDAD DE MEDICINA DEL TRABAJO se indica que para el 2008 no había compromiso discal y tampoco compromiso gastrointestinal, no hace referencia a que no hubiese compromiso de la deficiencia que se califica por el diagnóstico de cáncer de próstata y de las vesículas seminales, sin embargo considera que las patologías padecidas por el actor pueden ser dictaminadas en el año 2008 y al existir una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, da lugar a estudiar la prestación a la luz de la Ley 100 de 1993 y determinar que efectivamente el actor acredita 50 semanas de cotizaciones.

Así las cosas, solicita estudiar las pretensiones principales, y en caso contrario se confirme la decisión de primera instancia.

La **parte demandada**[2] interpuso recurso de apelación de los siguientes puntos de la sentencia:

---

[2] CD Folio 496 Record 39:36. Señores magistrados expongo mi recurso de apelación en los siguientes términos:
En cuanto a la decisión proferida por el despacho en la sentencia antes proferida, respecto de la pretensión subsidiaria encaminada a que se le reconozca la pensión de invalidez aplicándole la condición más beneficiosa es preciso indicar que antes de efectuar el estudio de la condición más beneficiosa, es pertinente

1. **CONDICION MAS BENEFICIOSA**: Señala que para que sea posible aplicar la condición más beneficiosa, específicamente el Acuerdo 049 de 1990, el hecho generador debió ocurrir entre el 1 de abril de 1994 al 29 de enero de 2003, así pues, la condición más beneficiosa se hará conforme al régimen inmediatamente anterior de la norma vigente para el momento en que se estructuró la invalidez, es decir, en el caso bajo estudio en virtud de la condición más beneficiosa habrá de aplicarse la Ley 100 de 1993, trayendo a colación la sentencia con radicación 4596, así como la sentencia con radicado 32642 del 9 de diciembre de 2008, a su vez el concepto jurídico No. 201712672083 del 29 de noviembre del 2017, concluye entonces que como quiera que la última cotización data del 30 de junio de 2012, considera que no es posible aplicar la condición más beneficiosa en el presente asunto.

No obstante la interposición del recurso de apelación presentado por la parte demandada, en atención a que la sentencia fue adversa a

---

indicarle al actor que para la aplicación del Decreto 758 del 90 el hecho generador de invalidez debió haberse producido entre el 1 de abril del 94 y l 29 de enero del 2003. En ese orden de ideas el estudio de la condición más beneficiosa se hará conforma la régimen inmediatamente anterior de la norma vigente para el momento en que se produjo la invalidez, es decir, la ley 100 del 93.
Respecto de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa SL radicado 4596 señalo lo siguiente: *"Ya se ha dicho que la utilización de la condición más beneficiosa no debe entenderse como una etapa permanente de protección, pues como lo sostuvo esta corporación en sentencia CL del 2 de septiembre del 2008, radicado 32765 la obligación de progresividad bajo la cual es estado debe ofrecer la cobertura en la seguridad social como ya lo ha dilucidado la jurisprudencia constitucional no es un principio absoluto ni inflexible, debe estar sujeta a las posibilidades que el sistema tenga de seguir ofreciendo unas prestaciones sin que se afecte la sostenibilidad financiera del sistema"*. El juicio de progresividad comparando lo que ofrece la legislación nueva respecto a lo anteriores, no puede responder a una mera racionalidad interés individual que se examina sino que en correspondencia con la naturaleza de la seguridad social debe atenderla de mención colectiva de los derechos tanto de los que se reclaman hoy como los que se deben ofrecer mañana. En igual sentido, la Sala en providencia SL del 9 de diciembre del 2008 radicado 32642 reitero que este principio no puede dirigirse en una regla absoluta, porque en el estado constitucional no hay lugar a mandatos de ese género. Pues sin manera alguna debe conducir al endiosamiento de la norma laboral.
A su vez el concepto jurídico 201712672083 del 29 de noviembre del 2017 indico: *"Frente a la pensión de invalidez el afiliado cotizante al momento del cambio normativo que al 29 de diciembre del 2003 el afiliado estuviese cotizando, que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo anterior al 29 de diciembre del 2003. Que la invalidez se produzca ante del 29 de diciembre del 2003 y el 29 de diciembre del 2006 inclusive. Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo antes de la invalidez, si para el momento de eso estaba cotizando 26 semanas en el año inmediatamente anteriores si para la fecha de estructuración de invalidez no se encontraba cotizando. Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo. Al 29 de diciembre del 003 el afiliado no estuviese cotizando y que hubiese aportado 26 semanas en el año que antes se ve a dicha data, es decir, entre el 29 de diciembre el 2003 al 29 de diciembre del 2002. Que la invalidez se produzca 29 de diciembre del 2003 y el 29 de diciembre del 2012. Que la invalidez se produzca entre el 29 de diciembre del 2003 y el 29 de diciembre del 2006 inclusive que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo y antes de la invalidez, si para el momento del deceso estaba cotizando 26 semanas en el año inmediatamente anterior si para la fecha de la estructuración de la invalidez no se encontraba cotizando.*
En este sentido, se observa que la última cotización hecha para realizo el 30 de junio del 2012 razón por la cual no considera mi representada que es posible aplicar la condición más beneficiosa. Gracias.

539

COLPENSIONES, la Sala también avocará su conocimiento en el *grado jurisdiccional de Consulta*, con fundamento en las siguientes

II-CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico a resolver se centra en determinar: **1.** La fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral del demandante. **2.** Si le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en aplicación de la condición más beneficiosa, conforme lo establecido en la Ley 100 de 1993.

DICTAMEN DE CALIFICACIÓN DE PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL– FECHA DE ESTRUCTURACIÓN:

Conforme con los antecedentes reseñados, el proceso estuvo orientado a obtener la modificación de la fecha de estructuración señalado en el dictamen de pérdida de capacidad laboral proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invaidez mediante el cual se determinó al actor una pérdida de capacidad laboral del 56.80% con fecha de estructuración del 23 de marzo de 2016 (fls. 152 a 164).

En ese orden, el Juez de instancia declaró que la fecha de estructuración de pérdida de capacidad laboral del señor FRANCISCO TORRES MENESES corresponde al 23 de marzo de 2016, tal como lo determinó la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ.

Inconforme con la anterior de decisión, la parte actora presentó recurso de apelación solicitando la modificación de la fecha de estructuración, conforme el dictamen allegado por la Dra. Diana Milena Triana, en el sentido de modificarla para el año 2008, teniendo en cuenta que para dicha fecha el actor no solamente padecía la enfermedad cardiovascular a la que hizo mención el Juzgado, sino que también para esa época ya se tenía antecedentes de PROSTACTETOMIA RADICAL POR ADERNOCARCINOMA DE PROSTATA, esto es, cáncer de próstata, máxime si se tiene en cuenta que en el año 2006 le practicaron una

cirugía, por lo que por ese diagnóstico arrojaría el 20%, y por la enfermedad cardiovascular el 32% y que sumada con la otra deficiencia del 20%, tendría más del 50% de pérdida de capacidad laboral, por lo que en atención a los antecedentes del actor es posible modificar la fecha de estructuración, precisando en todo caso que se trata de una persona de 70 años que no labora desde el 2008 y que depende económicamente de su esposa, aunado a la historia clínica allegada con la que se puede concluir que para el año 2008 el demandante contaba con fecha de estructuración y con más del 50% de pérdida de capacidad laboral.

Ahora bien, las entidades que forman parte del Sistema Integral de Seguridad Social, subrogaron al empleador en sus obligaciones prestacionales con los trabajadores. Por manera que, en virtud de lo establecido en los artículos 41 a 43 de la Ley 100 de 1993, la competencia para establecer y declarar el estado de invalidez de una persona fue adjudicada en primera instancia a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez y en segunda instancia a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, razón suficiente para armonizar lo previsto en esta normatividad con lo regulado en el artículo 51 del C.P.T y S.S.

Y es que la ley asignó una competencia específica en relación con las controversias relacionadas con la perdida de la capacidad laboral, en materia de apreciación de la prueba, pues por virtud de esa delegación legal, en un proceso judicial será el dictamen de las juntas establecidas para el efecto, el medio de convicción idóneo para establecer tanto el estado de incapacidad, así como el origen de la invalidez, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 61 del C.P.T. y S.S., así lo explicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 22 de junio de 2006[3].

Posición que fue reiterada recientemente cuando indicó "*En consecuencia, al no estar en presencia de un medio probatorio solemne, en el sub lite al*

[3] Radicación No. 26809. *"En ese sentido, la jurisprudencia mayoritaria ha definido que las aludidas Juntas de Calificación son las llamadas a determinar la pérdida de la capacidad laboral de los afiliados a la seguridad social, según lo dispone el artículo 41 de la susodicha ley, lo que no significa que los jueces, atendiendo los parámetros del artículo 61 del CPL y SS, lo "puedan deducir de otras pruebas aportadas al proceso y que en un momento dado les ofrezcan una mejor o mayor convicción, por corresponder a la verdad que emerge del proceso".*

540

Juzgador de alzada le era permitido, conforme a la potestad de apreciar libremente la prueba, acoger aquellos elementos de convicción que le den mayor credibilidad o lo persuada mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso, en atención a lo previsto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y sobretodo en casos tan especiales como lo es la protección de un derecho fundamental como ocurre en el asunto de marras[4]".

Acorde con la jurisprudencia en cita, si bien las entidades encargadas de dictaminar la pérdida de capacidad laboral son las Juntas de Calificación de Invalidez, si el juzgador encuentra dentro del plenario, analizando en cada caso, elementos de convicción que le permitan determinar que la pérdida de capacidad laboral es superior a la establecida en el respectivo dictamen, podrá tener en cuenta los mismos a efectos de establecer la invalidez de una persona.

Frente al tema, es pertinente traer a colación la sentencia SL18824 con radicación 54609 del 8 de noviembre de 2017, en la que la H. Corte Suprema de Justicia adoctrinó:

> *Por otro lado, es cierto que la fecha de estructuración de la invalidez señalada por las juntas de calificación, puede ser desatendida por el Juez al momento de estudiar la situación particular de un afiliado al sistema de seguridad social, siempre que, como ocurrió en la sentencia citada por la censura, CSJ SL, 26 nov. 1998, rad. 11141, la afección imposibilite al asegurado hacer uso de su fuerza laboral desde una fecha anterior a la estructuración. En tal evento, ha expuesto esta Corporación, se toma una data diferente, que en esa providencia fue la del accidente sufrido.*
>
> *Empero, la regla general es que la fecha de estructuración se conoce al finalizar el proceso de calificación y se determina la pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva de la persona, la cual puede coincidir o no con la fecha de calificación, o con el evento que desencadena la pérdida de capacidad laboral.*

Así pues, obra dictamen emitido en primera oportunidad por COLPENSIONES, donde establece una pérdida de capacidad laboral del 41.96% de origen común y fecha de estructuración **25 de marzo de 2016**

[4] Sala Laboral Corte Suprema de Justicia, radicado 31062 del 18 de marzo de 2009, Magistrado Ponente: Dr. Luis Javier Osorio López

patologías: tumor maligno de próstata e hipertensión esencial (fls. 108 a 113).

Así mismo, dictamen proferido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, donde establece una pérdida de capacidad laboral del 56.80% de origen común y fecha de estructuración **25 de marzo de 2016**, por unas patologías: Gastritis crónica, hipertensión esencial, insuficiencia aortica leve o moderada, discopatía lumbar y tumor maligno de la próstata (fls. 129 a 135).

Igualmente, obra dictamen expedido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ, donde igualmente establece una pérdida de capacidad laboral del 56.80% de origen común y fecha de estructuración **23 de marzo de 2016**, por unas patologías: Gastritis crónica, hipertensión esencial, insuficiencia aortica leve o moderada, discopatía lumbar y tumor maligno de la próstata (fls. 152 a 164).

Ahora bien, la parte actora aportó junto con su escrito de demandada un dictamen pericial emitido por un particular, Dra. Diana Milena Triana Gómez del 15 de septiembre de 2017, en el cual dictamina por las patologías: deficiencias por enfermedad cardiovascular hipertensiva, por enfermedad valvular cardiaca, por desorden del tracto digestivo superior, deficiencia por columna lumbar, deficiencia por enfermedad de próstata y de las vesículas seminales, deficiencia global visual debida a lesiones no consideradas en puntos anteriores, deficiencia por cefalea - migraña en donde se estableció una pérdida de capacidad laboral del 59.36% de origen común y fecha de estructuración **09 de diciembre de 2008** (fls. 211 a 221).

Vale la pena resaltar que la perito que profirió el anterior dictamen, rindió declaración en audiencia, quien indicó que la fecha de estructuración dictaminada en dicho dictamen se encontraba justificado dadas las diferentes patologías del actor.

591

Finalmente, obra dictamen proferido por la SOCIEDAD COLOMBIANA DE MEDICINA DEL TRABAJO, en donde dictaminó una pérdida de capacidad laboral de 56.80% de origen común, con fecha de estructuración del **23 de marzo de 2016**, por las patologías: cáncer de próstata, cardiopatía hipertensiva y valvulopatía, discopatía lumbosacara multinivel, esofagitis y gastritis crónica, glaucoma, cefalea migrañosa manejada (fls. 470 a 487).

Así las cosas, como quiera que el actor padece de patologías de carácter científico, la Sala no puede de manera subjetiva variar los resultados que establecen los dictámenes, como lo pretende la parte actora, pues ésta solicita que se modifique los porcentajes del dictamen traído por ella, dada la historia clínica del actor, razón por la cual la Sala se basará en los dictámenes obrantes dentro del plenario, los cuales fueron emitidos por autoridades competentes y altamente expertas en el tema, incluida la perito que fue aportada por la demandante, los cuales se guían por el manual de calificaciones.

Conforme a lo anterior, la norma aplicable de acuerdo con la fecha de estructuración del estado de invalidez dada por la SOCIEDAD COLOMBIANA DE MEDICINA DEL TRABAJO, la cual fue casi una confirmación a la expedida por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ corresponde al artículo 1° de la Ley 860 de 2003; norma que exige como requisito para acceder a la pensión de invalidez que el afiliado acredite por lo menos **50** semanas de cotización dentro de los últimos **3** años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

En el caso bajo estudio, de acuerdo con la Historia Laboral visible a folio 336, el demandante no cumpliría con los requisitos, puesto que como se ha visto, para el 23 de marzo de 2016, fecha de estructuración del estado de invalidez, tres años hacia atrás el demandante no cotizó ninguna semana, por lo que en principio no reuniría los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez, bajo la normatividad aplicable.

No obstante, a pesar de que el demandante no cumple con los requisitos legales vigentes para el momento en que se estructuró la invalidez, no puede desconocer la Sala que la actor laboró y efectuó cotizaciones como se evidencia en la historia laboral hasta el 30 de junio de 2012 (fl. 336), por lo que es necesario tener en cuenta lo dispuesto por la H. Corte Constitucional, que en múltiples casos, en sede de tutela ha estudiado la situación de personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, que laboraron a pesar de tener algún grado de invalidez, todo sustentado en la dificultad que tienen los órganos encargados de calificar la pérdida de capacidad laboral en estas patologías, pues no siempre coincide la fecha de estructuración de la invalidez, con la perdida de capacidad laboral en forma permanente y definitiva, ya que aún enfermas pudieron laborar y como consecuencia cotizar.

Frente al tema, se tiene que en caso de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, que desmejoran las condiciones de salud de manera paulatina, no es dable entender como fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral el momento en que se presenta la enfermedad o el primer síntoma, sino que deberá tenerse en cuenta lo aportes realizados al Sistema General de Pensiones durante el tiempo comprendido entre tal data y el momento en que la persona pierde su capacidad laboral de forma permanente y definitiva, esto es en que se desvincula laboralmente y deja de realizar aportes al sistema. En tal sentido pueden consultarse las sentencias, T 962 de 2011 y T 022 de 2013.

Este criterio se acompasa con lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la del 19 de octubre de 2006 Radicación No 29622 y reiterado recientemente en la del 4 de noviembre de 2015, Radicación No 53986, al señalar que los dictámenes emitidos por las Juntas de Calificaciones no son inamovibles, en especial en aspectos como la fecha de estructuración de la invalidez y más como en el presente caso en que el afiliado cotizó hasta el 30 de junio de 2012, siendo posible que el juez haciendo uso de todos los medios probatorios admisibles, concluya una fecha de estructuración de la invalidez distinta, **la cual en todo caso debe**

592

ser contemporánea con la fecha en que el afiliado no pudo seguir laborando.

Vale la pena iterar, que al accionante le fue diagnosticada la enfermedad de Gastritis crónica, hipertensión esencial, insuficiencia aortica leve o moderada, discopatía lumbar y tumor maligno de la próstata como unas patologías de alto costos y catastróficas (fl. 112 y 103).

Al respecto, vale la pena traer a colación la sentencia T – 255 de 2017, en la que la H. Corte constitucional adoctrinó que la fecha de calificación de la invalidez, dadas las condiciones especiales de salud del actor, y el hecho de cotizar al Sistema de Seguridad Social un total de 705 semanas, a pesar de sus síntomas de su enfermedad, por lo que la fecha determinada por las Juntas Regional y Nacional de calificación de invalidez no representa el momento en que el peticionario perdió su capacidad laboral en forma permanente y definitiva.

Más adelante adoctrinó el máximo Tribunal:

> *Al revisar esta línea jurisprudencial y evidenciar los problemas que se han generado respecto a la fecha de estructuración de la invalidez, en los casos de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas de deterioro progresivo, encuentra la Sala que:*
>
> > *(i) La Corte Constitucional ha evidenciado que existe un problema en la calificación técnica de la pérdida de la capacidad laboral de las personas con enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, en tanto los órganos encargados de determinar la pérdida de capacidad laboral de forma permanente y definitiva establecen como momento de estructuración de la invalidez un instante que no corresponde con certeza a la realidad médica y* ***laboral*** *de las personas evaluadas.*
> >
> > *(ii) La incertidumbre respecto a la fecha de estructuración de la invalidez en los eventos de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, afecta los derechos de los afiliados y posibles pensionados del sistema de seguridad social, en tanto la falencia en la determinación acertada de dicha estructuración, incide directamente en el otorgamiento del derecho a la pensión de las personas, pues dicho concepto técnico es necesario para la revisión del cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión de invalidez (cotizaciones).*

En igual sentido, en sentencia T 479 del 14 de julio de 2014, el máximo Tribunal Constitucional reiteró:

> *«(...)*
>
> *En este orden de ideas, la Corte ha sostenido que un fondo de pensiones debe tener en cuenta las cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez. Esta postura parte de la consideración de que, aunque la fecha de estructuración se haya fijado en un momento determinado, en ciertos casos es posible que con posterioridad a esa fecha, la persona conserve una capacidad laboral residual que, sin que se advierta ánimo de defraudar al sistema de pensiones, le haya permitido seguir trabajando y cotizando hasta que llega a un punto en que la incapacidad se vuelve total.*
>
> *5.5. En suma, esta Corporación, dependiendo del caso concreto, ha admitido como fecha de estructuración de la invalidez (i) un momento posterior al definido en el dictamen médico de pérdida de capacidad laboral, y (ii) un momento anterior al definido en el mismo dictamen. Ambas situaciones tienen fundamento en la concepción constitucional de la invalidez, que, como ya se advirtió, se explica como la imposibilidad de la persona para continuar proveyendo el sustento económico que le garantice su mínimo vital, y la subsecuente afiliación a la seguridad social. Así las cosas, para establecer el momento en que se pierde efectivamente la capacidad laboral cuando se trata de personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, el dictamen de pérdida de capacidad laboral debe incorporar las razones objetivas de dicha pérdida, y en ocasiones, el contenido del dictamen se debe armonizar con el momento en que el estado de invalidez se exteriorizó, de forma tal que le impidió al usuario continuar realizando una labor o actividad económica para su sustento y el de su familia.*[46] *(...)»*

En el caso bajo examen, la problemática radica en que para la fecha reportada como la de estructuración de la invalidez, no se hallan cotizadas las semanas requeridas para acceder al reconocimiento pensional, pero sí existen semanas que fueron cotizadas con anterioridad, por la circunstancia especial de la enfermedad que, aun siendo de gravedad, le permitió al afiliado cotizar al Sistema.

Así, nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL 1122 de 2017 adoctrinó en relación a las enfermedades congénitas, degenerativas o catastróficas, trayendo a su vez a colación la sentencia SU 588-2016 en la que se pronunció la H. Corte Constitucional adoctrinó con respecto a las enfermedades catastróficas y degenerativas:

> *Lo anterior, se fundamenta en el hecho de que en el caso de las enfermedades degenerativas y crónicas, sus efectos no aparecen de manera inmediata, sino que éstas se desarrollan dentro de un lapso prolongado,* ***ocasionando que la fuerza laboral se vaya menguando con el tiempo y, por lo tanto, permitiendo a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que le impida de manera cierta desarrollar una labor.***

Así las cosas, se tiene que las enfermedades que padece el actor están catalogadas como *crónico – degenerativa* que no tienen cura, es *sistémica* porque afecta todo el cuerpo y *crónica* por cuanto dura toda la vida, y el desarrollo de la misma se realiza dentro de un lapso prolongado, por su parte la cefalea crónica, así como la deficiencia cardiovascular y cáncer de próstata son incapacitantes para el demandante, dado que genera afectaciones en la salud del actor, menguando con el tiempo su fuerza laboral, pues como quedó acreditado dentro del plenario, con anterioridad a la fecha de estructuración indicada en el dictamen de pérdida de capacidad laboral, el demandante laboró solo hasta el 30 de junio de 2012, esto es, hasta el nivel de afectación le permitió desarrollar su labor.

Teniendo en cuenta lo anterior, deberá entenderse como fecha de estructuración de la pérdida de capacidad de la accionante, no la determinada en el Dictamen efectuado por la accionada, esto el 23 de marzo de 2016, conforme lo indicó el *A Quo*, sino la data en la que perdió su capacidad laboral y cotizó por última vez al sistema de General de Seguridad Social en pensiones, según el Reporte de semanas cotizadas su última cotización data del **30 de junio de 2012**, por lo que habrá de MODIFICARSE el NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de DECLARAR como fecha de estructuración ésta última.

En virtud de lo expuesto, y conforme lo establece el artículo 1° de la Ley 860 de 2003; norma que exige como requisito para acceder a la pensión de invalidez que haber cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración del riesgo, se tiene que revisado el reporte de historia laboral visible a folio 136, se acredita el cumplimiento de los requisitos, como quiera que entre **30 de junio de 2009** y el **30 de junio de 2012**, fecha

de estructuración de estado de invalidez, el demandante cotizó un total de **142,43** semanas, cumpliendo de esta manera con las exigencias del cumplimiento de la totalidad de semanas cotizadas, precisando en todo caso que no fue motivo de discusión el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, el cual asciende a 56.80% (fl. 163).

Analizado lo anterior y habida consideración de que el accionante cumple la densidad de cotizaciones requerida por la ley, se concluye que, se configuran los requisitos para el otorgamiento de la pensión de invalidez reclamada, por tanto se **MODIFICARÁ** el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de reconocer y pagar la pensión de invalidez, *bajo los fundamentos expuestos en el presente proveído*, a partir del **30 de junio de 2012**, junto con **13** mesadas pensionales al año, toda vez que adquirió el derecho a la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011, conforme lo establecido en el parágrafo transitorio 6 del Acto Legislativo 01 de 2005.

Respecto del *quantum* de la prestación, se observa del resumen de semanas cotizadas que la parte actora, efectuó cotizaciones sobre el salario mínimo legal mensual vigente, para cada período. Por lo que teniendo en cuenta que en ningún caso la mesada pensional podrá ser inferior al SMLMV por así disponerlo las normas legales y constitucionales, se ordenará el reconocimiento de una mesada equivalente a 1 salario mínimo legal mensual vigente.

No obstante lo anterior, por estar conociéndose en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES y en aras de no hacer más gravosa su situación, se CONFIRMARÁ la fecha a partir procede el reconocimiento de la prestación, esto es, **23 de marzo de 2016**, reiterándose que se da por las razones expuestas en el presente proveído.

Así las cosas, se **CONFIRMARÁ** el numeral segundo y tercero de la parte resolutiva de la sentencia proferida en primera instancia.

544

Costas: Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** como fecha de estructuración de la invalidez el día **30 de junio de 2012**.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, pero por las razones expuestas en el presente proveído.

TERCERO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

Queda notificados en estados la presente decisión.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

DAVID A. J. CORREA STEER
Salvo voto
Conversar: Dictámenes médicos (no estoy de acuerdo).

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
Salvamento de voto.

645

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Ponente

Radicación 29-2017-00528-01

Bogotá D.C.; Mayo catorce (14) de Dos Mil Diecinueve (2019)

DEMANDANTE: **FRANCISCO TORRES MENESES**

DEMANDADO: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE BOGOTA

ASUNTO : **APELACIÓN** (Demandante y demandada)

PROYECTO DE SENTENCIA

En la fecha, se constituye la Sala 2° de Decisión Laboral en audiencia pública a fin de proferir sentencia de segunda instancia sobre el proceso de la referencia, en el cual se profirió fallo por el juzgado 29° Laboral del Circuito de Bogotá, el día 15 de marzo de 2019. Presentes en la audiencia: 1-Dte: 2-Apdo: 3-DDo. 4-Apdo:

No observándose irregularidad que invalide lo actuado, se procede a proferir decisión de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor FRANCISCO TORRES MENESES instauró demanda ordinaria laboral contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y JUNTA NACIONAL DE CALIFICIÓN DE INVALIDEZ, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 225 a 227):

DECLARATIVAS:

1) Que se declare la nulidad del dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 31 de mayo de 2017.
2) Que el demandante es inválido de conformidad con el artículo 38 de la Ley 100 de 1993por contar con una pérdida de capacidad laboral de origen común superior al 50%, estructurada el 9 de diciembre de 2008.
3) Que el demandante tiene derecho a que le sea reconocida la pensión de invalidez de origen común, a partir de la fecha de estructuración de invalidez por cumplir con los requisitos contenidos en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 860 de 2003.

SUBSIDIARIAS:

1. En caso que no sea declarado que la fecha de estructuración de invalides sea el 9 de diciembre de 2009, declarar que el demandante tiene derecho a que sea reconocida la pensión de invalidez de origen común, a partir de la fecha de estructuración de invalidez que sea determinada, por cumplir con los requisitos contenidos en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

CONDENATORIAS:

1. A pagar la pensión de invalidez de origen común, a partir de la fecha de estructuración de la invalidez, en cuantía no inferior al SMLMV.
2. A pagar las mesadas causadas desde la fecha de estructuración de la invalidez y mientras subsistan en este estado el demandante.

3. Intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
4. Costas procesales.

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 249 a 256), así como la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ (fls. 268 a 285), de acuerdo al auto visible a folio 483. Se opuso a las pretensiones del demandante y propuso excepciones de mérito.

La parte demandante reformó la demanda (fls. 297 a 309), modificando la introducción del dictamen a fin de subsanar falencias que se observaron en el cuerpo original, con el fin de dar cumplimiento íntegro al artículo 226 CGP, así mismo solicita el interrogatorio de parte a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y nuevo dictamen pericial de oficio de considerarlo pertinente por el Juzgado.

COLPENSIONES contestó la reforma de la demanda (fls. 446 a 452), así como la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ (fls. 454 a 456), de acuerdo al auto visible a folio 458. Se opuso a las pretensiones del demandante y propuso excepciones de mérito.

El **JUZGADO 29° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 15 de marzo de 2016. **DECLARÓ** que la fecha de estructuración de pérdida de capacidad laboral del señor FRANCISCO TORRES MENESES es el 23 de marzo del 2016. **CONDENÓ** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de invalidez al señor FRANCISCO TORRES MENESES a partir del 23 de marzo de 2016, en cuantía equivalente al SMLMV y por 13 mesadas. **CONDENÓ** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES el retroactivo pensional causado, indexando el mismo a la fecha de pago de conformidad con el IPC certificado por el DANE. **ABSOLVIÓ** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra. Sin condena en **costas**.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante**[1] interpuso recurso de apelación de los siguientes puntos de la sentencia:

1. **CAMBIO FECHA DE ESTRUCTURACIÓN:** Solicita se modifique la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de mover la fecha de estructuración del demandante, teniendo en cuenta que el dictamen rendido por la Dra. Diana Milena Triana es mucho más

---

[1] Cd Folio 496 Record 33:45. Gracias Dra. Por el uso de la palabra. En este punto del proceso y como quiera que las pretensiones principales no salieron avante, pues interpongo recurso de apelación para que se modifique la sentencia que igualmente se solicita sea condenatoria, sin embargo sí que se estudie nuevamente por parte del Tribunal las pretensiones principales relacionadas con el cambio de la fecha de estructuración de la invalidez y porque se apela esta sentencia en este sentido, porque consideraba el suscrito que el dictamen pericial rendido por la Dra. Diana Milena Triana es mucho más concreto y a su vez es mucho más específico, en el sentido de que indica que para el año 2008 no solamente el SR: TORRES MENESES padecía la enfermedad cardiovascular a la que hizo mención el despacho, sino que también para esa época menciona el dictamen pericial que para esa época ya se tenía el antecedentes de PROSTACTETOMIA RADICAL POR ADERNOCARCINOMA DE PROSTATA, es decir, tenía cáncer de próstata para esa época, realizada en el 2006 tuvo una operación. Lo que si se hubiese calificado indica este dictamen arrojaría el mismo porcentaje de la calificación actual del 20% por ese diagnóstico, es decir, que este mismo dictamen nos esta explicando que la deficiencia por la enfermedad cardiovascular arroja 32% y que para esa época ya contaba también con una deficiencia del 20% por el diagnostico que tenía en ese momento y que tiene aún en tratamiento el Sr. De cáncer de próstata llamado PROTASTECTOMIA RADICAL POR ADERNOCARCINOMA DE PROSTATA. Además en ese dictamen también aportado por la parte demandante, se debe tener en cuenta que se indica el acápite de observaciones que para la asignación de los valores del segundo título del manual de calificación de invalidez se indica que se trata para esa época de una persona de 70 años que no labora desde el 2008 y que tampoco se encuentra en la búsqueda de empleo y que según el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez depende económicamente de la esposa, por lo cual se le debería de asignar para esa época un 25% que equivale a un rol ocupacional adaptado con dificultad moderada, porcentaje este que es superior a los determinados por las Juntas Nacional, Regional de Calificación de Invalidez y pues por el aportado por parte de la SOCIEDAD COLOMBIANA DE MEDICINA DEL TRABAJO. Entonces son varios los elementos que tiene este dictamen y que tiene la historia clínica que también hace parte del proceso, que nos pueden hacer llegar a concluir que efectivamente para el 2008 ya se contaba con una fecha de estructuración, con una pérdida de capacidad laboral del 50% o más. Vuelvo y los resumo para cerrar el argumento, el hecho de que para el 2008 ya no estaba trabajando, el hecho que para el 2008 ya dependía económicamente de la esposa, el hecho de que para el 2008 además de la enfermedad cardiovascular también contaba ya con el post operatorio del carcinoma de próstata que tenía. Estos argumentos pues además fueron también expuestos por la Dra. Diana Milena Triana y son mucho más específico que los que hace la Junta Nacional, porque la Junta Nacional nunca hacen referencia a que para el 2006 el Sr. Ya había tenido el tratamiento, había tenido la operación de PROSTACTETOMIA RADICAL POR ADENORCACINOMA DE PROSTATA, en ninguno de los dictámenes yo vi que al momento de estudiar la fecha de estructuración se tuviera en cuenta este diagnóstico.
Si bien la SOCIEDAD DE MEDICINA DEL TRABAJO indica que para el 2008 no había compromiso discal y no había compromiso gastrointestinal, no hacen referencia a que no había compromiso de la deficiencia que se califica por este diagnóstico que es la deficiencia por enfermedad de la próstata y de las vesículas seminales de que trata el Manual Único de Calificación de Invalidez en su tabla No. 11.5, entonces no hace mención ninguno de los dictámenes practicados por las Juntas y por la SOCIEDAD COLOMBIANA DE MEDICINA DEL TRABAJO sobre estos aspectos. Entonces yo considero que si pueden ser determinados para el año 2008 que existe ya una pérdida de capacidad laboral superior al 520% que da lugar a que se estudie la prestación a la luz de la Ley 100 de 1993 con sus modificaciones y a partir de esta fecha tener en cuenta, revisar la historia laboral y determinar que efectivamente aquí si se cuenta con las 50 semanas.
Entonces en ese sentido se deja planteado el recurso de apelación ante el Tribunal para que se modifique en el sentido de si condenar a la entidad, pero no por las pretensiones subsidiarias sino por las principales. En caso de que contrario, pues que se confirme la condena que hoy se establece también teniendo en cuenta como argumento adicional, además de lo ya esbozado por el despacho que me parece que son suficientes y que son muy interesantes, además también cumple con 150 semanas en los últimos 6 años. También requisito establecido en el Acuerdo 049, no solamente cumple con las 300 de tiempo sino también cumple con las 150 en los últimos 6 años, aun manteniendo las fechas de estructuración de las Juntas. Entonces en esos términos dejo sentado el recurso de apelación para que se tenga en cuenta por el Tribunal gracias.

547

concreto y a su vez es mucho más específico, en el sentido de que indica que para el año 2008 no solamente el SR: TORRES MENESES padecía la enfermedad cardiovascular a la que hizo mención el despacho, sino que también para esa época ya se tenía antecedentes de PROSTACTETOMIA RADICAL POR ADERNOCARCINOMA DE PROSTATA, es decir, que para el año 2008 el actor ya padecía de cáncer de próstata, máxime si se tiene en cuenta que en el año 2006 le practicaron una cirugía, por lo que por ese diagnóstico arrojaría el 20%, y por la enfermedad cardiovascular el 32% y que sumada con la otra deficiencia del 20%, es posible modificar la fecha de estructuración para la determinada en el dictamen aportado con la demanda, precisando en todo caso que es una persona de 70 años que no labora desde el 2008 y que depende económicamente de su esposa, aunado a la historia clínica allegada con la que se puede concluir que para el año 2008 el demandante contaba con fecha de estructuración y con más del 50% de pérdida de capacidad laboral.

Ahora bien, si bien en el dictamen proferido por la SOCIEDAD DE MEDICINA DEL TRABAJO se indica que para el 2008 no había compromiso discal y tampoco compromiso gastrointestinal, no hace referencia a que no hubiese compromiso de la deficiencia que se califica por el diagnóstico de cáncer de próstata y de las vesículas seminales, sin embargo considera que las patologías padecidas por el actor pueden ser dictaminadas en el año 2008 y al existir una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, da lugar a estudiar la prestación a la luz de la Ley 100 de 1993 y determinar que efectivamente el actor acredita 50 semanas de cotizaciones.

Así las cosas, solicita estudiar las pretensiones principales, y en caso contrario se confirme la decisión de primera instancia.

La **parte demandada**[2] interpuso recurso de apelación de los siguientes puntos de la sentencia:

---

[2] CD Folio 496 Record 39:36. Señores magistrados expongo mi recurso de apelación en los siguientes términos:

En cuanto a la decisión proferida por el despacho en la sentencia antes proferida, respecto de la pretensión subsidiaria encaminada a que se le reconozca la pensión de invalidez aplicándole la condición más beneficiosa es preciso indicar que antes de efectuar el estudio de la condición más beneficiosa, es pertinente

1. **CONDICION MAS BENEFICIOSA**: Señala que para que sea posible aplicar la condición más beneficiosa, específicamente el Acuerdo 049 de 1990, el hecho generador debió ocurrir entre el 1 de abril de 1994 al 29 de enero de 2003, así pues, la condición más beneficiosa se hará conforme al régimen inmediatamente anterior de la norma vigente para el momento en que se estructuró la invalidez, es decir, en el caso bajo estudio en virtud de la condición más beneficiosa habrá de aplicarse la Ley 100 de 1993, trayendo a colación la sentencia con radicación 4596, así como la sentencia con radicado 32642 del 9 de diciembre de 2008, a su vez el concepto jurídico No. 201712672083 del 29 de noviembre del 2017, concluye entonces que como quiera que la última cotización data del 30 de junio de 2012, considera que no es posible aplicar la condición más beneficiosa en el presente asunto.

No obstante la interposición del recurso de apelación presentado por la parte demandada, en atención a que la sentencia fue adversa a

---

indicarle al actor que para la aplicación del Decreto 758 del 90 el hecho generador de invalidez debió haberse producido entre el 1 de abril del 94 y l 29 de enero del 2003. En ese orden de ideas el estudio de la condición más beneficiosa se hará conforma la régimen inmediatamente anterior de la norma vigente para el momento en que se produjo la invalidez, es decir, la ley 100 del 93.
Respecto de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa SL radicado 4596 señalo lo siguiente: *"Ya se ha dicho que la utilización de la condición más beneficiosa no debe entenderse como una etapa permanente de protección, pues como lo sostuvo esta corporación en sentencia CL del 2 de septiembre del 2008, radicado 32765 la obligación de progresividad bajo la cual es estado debe ofrecer la cobertura en la seguridad social como ya lo ha dilucidado la jurisprudencia constitucional no es un principio absoluto ni inflexible, debe estar sujeta a las posibilidades que el sistema tenga de seguir ofreciendo unas prestaciones sin que se afecte la sostenibilidad financiera del sistema"*. El juicio de progresividad comparando lo que ofrece la legislación nueva respecto a lo anteriores, no puede responder a una mera racionalidad interés individual que se examina sino que en correspondencia con la naturaleza de la seguridad social debe atenderla de mención colectiva de los derechos tanto de los que se reclaman hoy como los que se deben ofrecer mañana. En igual sentido, la Sala en providencia SL del 9 de diciembre del 2008 radicado 32642 reitero que este principio no puede dirigirse en una regla absoluta, porque en el estado constitucional no hay lugar a mandatos de ese género. Pues sin manera alguna debe conducir al endiosamiento de la norma laboral.
A su vez el concepto jurídico 201712672083 del 29 de noviembre del 2017 indico: *"Frente a la pensión de invalidez el afiliado cotizante al momento del cambio normativo que al 29 de diciembre del 2003 el afiliado estuviese cotizando, que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo anterior al 29 de diciembre del 2003. Que la invalidez se produzca ante del 29 de diciembre del 2003 y el 29 de diciembre del 2006 inclusive. Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo antes de la invalidez, si para el momento de eso estaba cotizando 26 semanas en el año inmediatamente anteriores si para la fecha de estructuración de invalidez no se encontraba cotizando. Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo. Al 29 de diciembre del 003 el afiliado no estuviese cotizando y que hubiese aportado 26 semanas en el año que antes se ve a dicha data, es decir, entre el 29 de diciembre el 2003 al 29 de diciembre del 2002. Que la invalidez se produzca 29 de diciembre del 2003 y el 29 de diciembre del 2012. Que la invalidez se produzca entre el 29 de diciembre del 2003 y el 29 de diciembre del 2006 inclusive que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo y antes de la invalidez, si para el momento del deceso estaba cotizando 26 semanas en el año inmediatamente anterior si para la fecha de la estructuración de la invalidez no se encontraba cotizando.*
En este sentido, se observa que la última cotización hecha para realizo el 30 de junio del 2012 razón por la cual no considera mi representada que es posible aplicar la condición más beneficiosa. Gracias.

548

COLPENSIONES, la Sala también avocará su conocimiento en el *grado jurisdiccional de Consulta*, con fundamento en las siguientes

II-CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico a resolver se centra en determinar: **1.** La fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral del demandante. **2.** Si le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en aplicación de la condición más beneficiosa, conforme lo establecido en la Ley 100 de 1993.

DICTAMEN DE CALIFICACIÓN DE PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL– FECHA DE ESTRUCTURACIÓN:

Conforme con los antecedentes reseñados, el proceso estuvo orientado a obtener la modificación de la fecha de estructuración señalado en el dictamen de pérdida de capacidad laboral proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invaidez mediante el cual se determinó al actor una pérdida de capacidad laboral del 56.80% con fecha de estructuración del 23 de marzo de 2016 (fls. 152 a 164).

En ese orden, el Juez de instancia declaró que la fecha de estructuración de pérdida de capacidad laboral del señor FRANCISCO TORRES MENESES corresponde al 23 de marzo de 2016, tal como lo determinó la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ.

Inconforme con la anterior de decisión, la parte actora presentó recurso de apelación solicitando la modificación de la fecha de estructuración, conforme el dictamen allegado por la Dra. Diana Milena Triana, en el sentido de modificarla para el año 2008, teniendo en cuenta que para dicha fecha el actor no solamente padecía la enfermedad cardiovascular a la que hizo mención el Juzgado, sino que también para esa época ya se tenía antecedentes de PROSTACTETOMIA RADICAL POR ADERNOCARCINOMA DE PROSTATA, esto es, cáncer de próstata, máxime si se tiene en cuenta que en el año 2006 le practicaron una

cirugía, por lo que por ese diagnóstico arrojaría el 20%, y por la enfermedad cardiovascular el 32% y que sumada con la otra deficiencia del 20%, tendría más del 50% de pérdida de capacidad laboral, por lo que en atención a los antecedentes del actor es posible modificar la fecha de estructuración, precisando en todo caso que se trata de una persona de 70 años que no labora desde el 2008 y que depende económicamente de su esposa, aunado a la historia clínica allegada con la que se puede concluir que para el año 2008 el demandante contaba con fecha de estructuración y con más del 50% de pérdida de capacidad laboral.

Ahora bien, las entidades que forman parte del Sistema Integral de Seguridad Social, subrogaron al empleador en sus obligaciones prestacionales con los trabajadores. Por manera que, en virtud de lo establecido en los artículos 41 a 43 de la Ley 100 de 1993, la competencia para establecer y declarar el estado de invalidez de una persona fue adjudicada en primera instancia a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez y en segunda instancia a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, razón suficiente para armonizar lo previsto en esta normatividad con lo regulado en el artículo 51 del C.P.T y S.S.

Y es que la ley asignó una competencia específica en relación con las controversias relacionadas con la perdida de la capacidad laboral, en materia de apreciación de la prueba, pues por virtud de esa delegación legal, en un proceso judicial será el dictamen de las juntas establecidas para el efecto, el medio de convicción idóneo para establecer tanto el estado de incapacidad, así como el origen de la invalidez, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 61 del C.P.T. y S.S., así lo explicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 22 de junio de 2006[3].

Posición que fue reiterada recientemente cuando indicó "*En consecuencia, al no estar en presencia de un medio probatorio solemne, en el sub lite al*

[3] Radicación No. 26809. "*En ese sentido, la jurisprudencia mayoritaria ha definido que las aludidas Juntas de Calificación son las llamadas a determinar la pérdida de la capacidad laboral de los afiliados a la seguridad social, según lo dispone el artículo 41 de la susodicha ley, lo que no significa que los jueces, atendiendo los parámetros del artículo 61 del CPL y SS, lo "puedan deducir de otras pruebas aportadas al proceso y que en un momento dado les ofrezcan una mejor o mayor convicción, por corresponder a la verdad que emerge del proceso".*

Juzgador de alzada le era permitido, conforme a la potestad de apreciar libremente la prueba, acoger aquellos elementos de convicción que le den mayor credibilidad o lo persuada mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso, en atención a lo previsto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y sobretodo en casos tan especiales como lo es la protección de un derecho fundamental como ocurre en el asunto de marras[4]".

Acorde con la jurisprudencia en cita, si bien las entidades encargadas de dictaminar la pérdida de capacidad laboral son las Juntas de Calificación de Invalidez, si el juzgador encuentra dentro del plenario, analizando en cada caso, elementos de convicción que le permitan determinar que la pérdida de capacidad laboral es superior a la establecida en el respectivo dictamen, podrá tener en cuenta los mismos a efectos de establecer la invalidez de una persona.

Frente al tema, es pertinente traer a colación la sentencia SL18824 con radicación 54609 del 8 de noviembre de 2017, en la que la H. Corte Suprema de Justicia adoctrinó:

> *Por otro lado, es cierto que la fecha de estructuración de la invalidez señalada por las juntas de calificación, puede ser desatendida por el Juez al momento de estudiar la situación particular de un afiliado al sistema de seguridad social, siempre que, como ocurrió en la sentencia citada por la censura, CSJ SL, 26 nov. 1998, rad. 11141, la afección imposibilite al asegurado hacer uso de su fuerza laboral desde una fecha anterior a la estructuración. En tal evento, ha expuesto esta Corporación, se toma una data diferente, que en esa providencia fue la del accidente sufrido.*
>
> *Empero, la regla general es que la fecha de estructuración se conoce al finalizar el proceso de calificación y se determina la pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva de la persona, la cual puede coincidir o no con la fecha de calificación, o con el evento que desencadena la pérdida de capacidad laboral.*

Así pues, obra dictamen emitido en primera oportunidad por COLPENSIONES, donde establece una pérdida de capacidad laboral del 41.96% de origen común y fecha de estructuración **25 de marzo de 2016**

[4] Sala Laboral Corte Suprema de Justicia, radicado 31062 del 18 de marzo de 2009, Magistrado Ponente: Dr. Luis Javier Osorio López

patologías: tumor maligno de próstata e hipertensión esencial (fls. 108 a 113).

Así mismo, dictamen proferido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, donde establece una pérdida de capacidad laboral del 56.80% de origen común y fecha de estructuración **25 de marzo de 2016**, por unas patologías: Gastritis crónica, hipertensión esencial, insuficiencia aortica leve o moderada, discopatía lumbar y tumor maligno de la próstata (fls. 129 a 135).

Igualmente, obra dictamen expedido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ, donde igualmente establece una pérdida de capacidad laboral del 56.80% de origen común y fecha de estructuración **23 de marzo de 2016**, por unas patologías: Gastritis crónica, hipertensión esencial, insuficiencia aortica leve o moderada, discopatía lumbar y tumor maligno de la próstata (fls. 152 a 164).

Ahora bien, la parte actora aportó junto con su escrito de demandada un dictamen pericial emitido por un particular, Dra. Diana Milena Triana Gómez del 15 de septiembre de 2017, en el cual dictamina por las patologías: deficiencias por enfermedad cardiovascular hipertensiva, por enfermedad valvular cardiaca, por desorden del tracto digestivo superior, deficiencia por columna lumbar, deficiencia por enfermedad de próstata y de las vesículas seminales, deficiencia global visual debida a lesiones no consideradas en puntos anteriores, deficiencia por cefalea - migraña en donde se estableció una pérdida de capacidad laboral del 59.36% de origen común y fecha de estructuración **09 de diciembre de 2008** (fls. 211 a 221).

Vale la pena resaltar que la perito que profirió el anterior dictamen, rindió declaración en audiencia, quien indicó que la fecha de estructuración dictaminada en dicho dictamen se encontraba justificado dadas las diferentes patologías del actor.

Finalmente, obra dictamen proferido por la SOCIEDAD COLOMBIANA DE MEDICINA DEL TRABAJO, en donde dictaminó una pérdida de capacidad laboral de 56.80% de origen común, con fecha de estructuración del **23 de marzo de 2016**, por las patologías: cáncer de próstata, cardiopatía hipertensiva y valvulopatía, discopatía lumbosacara multinivel, esofagitis y gastritis crónica, glaucoma, cefalea migrañosa manejada (fls. 470 a 487).

Así las cosas, como quiera que el actor padece de patologías de carácter científico, la Sala no puede de manera subjetiva variar los resultados que establecen los dictámenes, como lo pretende la parte actora, pues ésta solicita que se modifique los porcentajes del dictamen traído por ella, dada la historia clínica del actor, razón por la cual la Sala se basará en los dictámenes obrantes dentro del plenario, los cuales fueron emitidos por autoridades competentes y altamente expertas en el tema, incluida la perito que fue aportada por la demandante, los cuales se guían por el manual de calificaciones.

Conforme a lo anterior, la norma aplicable de acuerdo con la fecha de estructuración del estado de invalidez dada por la SOCIEDAD COLOMBIANA DE MEDICINA DEL TRABAJO, la cual fue casi una confirmación a la expedida por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ corresponde al artículo 1° de la Ley 860 de 2003; norma que exige como requisito para acceder a la pensión de invalidez que el afiliado acredite por lo menos **50** semanas de cotización dentro de los últimos **3** años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

En el caso bajo estudio, de acuerdo con la Historia Laboral visible a folio 336, el demandante no cumpliría con los requisitos, puesto que como se ha visto, para el 23 de marzo de 2016, fecha de estructuración del estado de invalidez, tres años hacia atrás el demandante no cotizó ninguna semana, por lo que en principio no reuniría los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez, bajo la normatividad aplicable.

No obstante, a pesar de que el demandante no cumple con los requisitos legales vigentes para el momento en que se estructuró la invalidez, no puede desconocer la Sala que la actor laboró y efectuó cotizaciones como se evidencia en la historia laboral hasta el 30 de junio de 2012 (fl. 336), por lo que es necesario tener en cuenta lo dispuesto por la H. Corte Constitucional, que en múltiples casos, en sede de tutela ha estudiado la situación de personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, que laboraron a pesar de tener algún grado de invalidez, todo sustentado en la dificultad que tienen los órganos encargados de calificar la pérdida de capacidad laboral en estas patologías, pues no siempre coincide la fecha de estructuración de la invalidez, con la perdida de capacidad laboral en forma permanente y definitiva, ya que aún enfermas pudieron laborar y como consecuencia cotizar.

Frente al tema, se tiene que en caso de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, que desmejoran las condiciones de salud de manera paulatina, no es dable entender como fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral el momento en que se presenta la enfermedad o el primer síntoma, sino que deberá tenerse en cuenta lo aportes realizados al Sistema General de Pensiones durante el tiempo comprendido entre tal data y el momento en que la persona pierde su capacidad laboral de forma permanente y definitiva, esto es en que se desvincula laboralmente y deja de realizar aportes al sistema. En tal sentido pueden consultarse las sentencias, T 962 de 2011 y T 022 de 2013.

Este criterio se acompasa con lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la del 19 de octubre de 2006 Radicación No 29622 y reiterado recientemente en la del 4 de noviembre de 2015, Radicación No 53986, al señalar que los dictámenes emitidos por las Juntas de Calificaciones no son inamovibles, en especial en aspectos como la fecha de estructuración de la invalidez y más como en el presente caso en que el afiliado cotizó hasta el 30 de junio de 2012, siendo posible que el juez haciendo uso de todos los medios probatorios admisibles, concluya una fecha de estructuración de la invalidez distinta, **la cual en todo caso debe**

ser contemporánea con la fecha en que el afiliado no pudo seguir laborando.

Vale la pena iterar, que al accionante le fue diagnosticada la enfermedad de Gastritis crónica, hipertensión esencial, insuficiencia aortica leve o moderada, discopatía lumbar y tumor maligno de la próstata como unas patologías de alto costos y catastróficas (fl. 112 y 103).

Al respecto, vale la pena traer a colación la sentencia T – 255 de 2017, en la que la H. Corte constitucional adoctrinó que la fecha de calificación de la invalidez, dadas las condiciones especiales de salud del actor, y el hecho de cotizar al Sistema de Seguridad Social un total de 705 semanas, a pesar de sus síntomas de su enfermedad, por lo que la fecha determinada por las Juntas Regional y Nacional de calificación de invalidez no representa el momento en que el peticionario perdió su capacidad laboral en forma permanente y definitiva.

Más adelante adoctrinó el máximo Tribunal:

> *Al revisar esta línea jurisprudencial y evidenciar los problemas que se han generado respecto a la fecha de estructuración de la invalidez, en los casos de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas de deterioro progresivo, encuentra la Sala que:*
>
> > ***(i)*** *La Corte Constitucional ha evidenciado que existe un problema en la calificación técnica de la pérdida de la capacidad laboral de las personas con enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, en tanto los órganos encargados de determinar la pérdida de capacidad laboral de forma permanente y definitiva establecen como momento de estructuración de la invalidez un instante que no corresponde con certeza a la realidad médica y* ***laboral*** *de las personas evaluadas.*
> >
> > ***(ii)*** *La incertidumbre respecto a la fecha de estructuración de la invalidez en los eventos de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, afecta los derechos de los afiliados y posibles pensionados del sistema de seguridad social, en tanto la falencia en la determinación acertada de dicha estructuración, incide directamente en el otorgamiento del derecho a la pensión de las personas, pues dicho concepto técnico es necesario para la revisión del cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión de invalidez (cotizaciones).*

En igual sentido, en sentencia T 479 del 14 de julio de 2014, el máximo Tribunal Constitucional reiteró:

> *«(…)*
>
> *En este orden de ideas, la Corte ha sostenido que un fondo de pensiones debe tener en cuenta las cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez. Esta postura parte de la consideración de que, aunque la fecha de estructuración se haya fijado en un momento determinado, en ciertos casos es posible que con posterioridad a esa fecha, la persona conserve una capacidad laboral residual que, sin que se advierta ánimo de defraudar al sistema de pensiones, le haya permitido seguir trabajando y cotizando hasta que llega a un punto en que la incapacidad se vuelve total.*
>
> *5.5. En suma, esta Corporación, dependiendo del caso concreto, ha admitido como fecha de estructuración de la invalidez (i) un momento posterior al definido en el dictamen médico de pérdida de capacidad laboral, y (ii) un momento anterior al definido en el mismo dictamen. Ambas situaciones tienen fundamento en la concepción constitucional de la invalidez, que, como ya se advirtió, se explica como la imposibilidad de la persona para continuar proveyendo el sustento económico que le garantice su mínimo vital, y la subsecuente afiliación a la seguridad social. Así las cosas, para establecer el momento en que se pierde efectivamente la capacidad laboral cuando se trata de personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, el dictamen de pérdida de capacidad laboral debe incorporar las razones objetivas de dicha pérdida, y en ocasiones, el contenido del dictamen se debe armonizar con el momento en que el estado de invalidez se exteriorizó, de forma tal que le impidió al usuario continuar realizando una labor o actividad económica para su sustento y el de su familia.[46] (…)»*

En el caso bajo examen, la problemática radica en que para la fecha reportada como la de estructuración de la invalidez, no se hallan cotizadas las semanas requeridas para acceder al reconocimiento pensional, pero sí existen semanas que fueron cotizadas con anterioridad, por la circunstancia especial de la enfermedad que, aun siendo de gravedad, le permitió al afiliado cotizar al Sistema.

Así, nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL 1122 de 2017 adoctrinó en relación a las enfermedades congénitas, degenerativas o catastróficas, trayendo a su vez a colación la sentencia SU 588-2016 en la que se pronunció la H. Corte Constitucional adoctrinó con respecto a las enfermedades catastróficas y degenerativas:

352

> *Lo anterior, se fundamenta en el hecho de que en el caso de las enfermedades degenerativas y crónicas, sus efectos no aparecen de manera inmediata, sino que éstas se desarrollan dentro de un lapso prolongado,* ***ocasionando que la fuerza laboral se vaya menguando con el tiempo y, por lo tanto, permitiendo a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que le impida de manera cierta desarrollar una labor.***

Así las cosas, se tiene que las enfermedades que padece el actor están catalogadas como *crónico – degenerativa* que no tienen cura, es *sistémica* porque afecta todo el cuerpo y *crónica* por cuanto dura toda la vida, y el desarrollo de la misma se realiza dentro de un lapso prolongado, por su parte la cefalea crónica, así como la deficiencia cardiovascular y cáncer de próstata son incapacitantes para el demandante, dado que genera afectaciones en la salud del actor, menguando con el tiempo su fuerza laboral, pues como quedó acreditado dentro del plenario, con anterioridad a la fecha de estructuración indicada en el dictamen de pérdida de capacidad laboral, el demandante laboró solo hasta el 30 de junio de 2012, esto es, hasta el nivel de afectación le permitió desarrollar su labor.

Teniendo en cuenta lo anterior, deberá entenderse como fecha de estructuración de la pérdida de capacidad de la accionante, no la determinada en el Dictamen efectuado por la accionada, esto el 23 de marzo de 2016, conforme lo indicó el *A Quo*, sino la data en la que perdió su capacidad laboral y cotizó por última vez al sistema de General de Seguridad Social en pensiones, según el Reporte de semanas cotizadas su última cotización data del **30 de junio de 2012**, por lo que habrá de MODIFICARSE el NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de DECLARAR como fecha de estructuración ésta última.

En virtud de lo expuesto, y conforme lo establece el artículo 1° de la Ley 860 de 2003; norma que exige como requisito para acceder a la pensión de invalidez que haber cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración del riesgo, se tiene que revisado el reporte de historia laboral visible a folio 136, se acredita el cumplimiento de los requisitos, como quiera que entre **30 de junio de 2009** y el **30 de junio de 2012**, fecha

de estructuración de estado de invalidez, el demandante cotizó un total de **142,43** semanas, cumpliendo de esta manera con las exigencias del cumplimiento de la totalidad de semanas cotizadas, precisando en todo caso que no fue motivo de discusión el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, el cual asciende a 56.80% (fl. 163).

Analizado lo anterior y habida consideración de que el accionante cumple la densidad de cotizaciones requerida por la ley, se concluye que, se configuran los requisitos para el otorgamiento de la pensión de invalidez reclamada, por tanto se **MODIFICARÁ** el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de reconocer y pagar la pensión de invalidez, *bajo los fundamentos expuestos en el presente proveído*, a partir del **30 de junio de 2012**, junto con **13** mesadas pensionales al año, toda vez que adquirió el derecho a la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011, conforme lo establecido en el parágrafo transitorio 6 del Acto Legislativo 01 de 2005.

Respecto del *quantum* de la prestación, se observa del resumen de semanas cotizadas que la parte actora, efectuó cotizaciones sobre el salario mínimo legal mensual vigente, para cada período. Por lo que teniendo en cuenta que en ningún caso la mesada pensional podrá ser inferior al SMLMV por así disponerlo las normas legales y constitucionales, se ordenará el reconocimiento de una mesada equivalente a 1 salario mínimo legal mensual vigente.

No obstante lo anterior, por estar conociéndose en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES y en aras de no hacer más gravosa su situación, se CONFIRMARÁ la fecha a partir procede el reconocimiento de la prestación, esto es, **23 de marzo de 2016**, reiterándose que se da por las razones expuestas en el presente proveído.

Así las cosas, se **CONFIRMARÁ** el numeral segundo y tercero de la parte resolutiva de la sentencia proferida en primera instancia.

Costas: Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** como fecha de estructuración de la invalidez el día **30 de junio de 2012**.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, pero por las razones expuestas en el presente proveído.

TERCERO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

Queda notificados en estados la presente decisión.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

DAVID A. J. CORREA STEER
Salvo voto

Conversar: Dictámenes médicos (no estoy de acuerdo).

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
Salvamento de voto.-

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARCO ANTONIO MORA MORA contra **COLPENSIONES**

RADICADO: 11001 31 05 038-2017-00696-01

Bogotá D. C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por el memorialista en el escrito allegado al plenario, se **RECONOCE** a la Dra. **LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ,** identificada con la cédula de ciudadanía No. 31.486.436 de Yumbo-Valle y Tarjeta Profesional 303.924 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demandada COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 07 de febrero 2020.

Por otra parte se advierte que el apoderado de COLPENSIONES, presentó escrito de alegaciones, insistiendo en la revocatoria de la sentencia de

primera instancia, bajo el argumento que liquidó la pensión teniendo en cuenta la totalidad de semanas cotizadas por el afiliado, las cuales ascendieron a 999.57, lo que generaba una tasa de reemplazo del 72%.

Mientras tanto el demandante, insiste en la reliquidación de la pensión de vejez, ya que cotizó un total de 1004 semanas lo que a su juicio le permite tener derecho a un porcentaje del 75%, sobre el Ingreso Base de liquidación.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretende la reliquidación de su pensión de vejez, teniendo en cuenta los ingresos sobre los cuales cotizó durante los últimos 10 años y una tasa de reemplazo del 75%, así como el pago de las diferencias pensionales, indexación y las costas del proceso. Sustento sus pretensiones, en que cotizó al sistema 1004 semanas de cotización, que la entidad de seguridad social mediante Resolución n.°030868 de 2005, le reconoció pensión de vejez, a partir del 1 de octubre de 2005, en una suma igual a $486.140, que mediante el Acto Administrativo GNR37517, le fue reliquidada la prestación en $698.941, a partir del 24 de enero de 2014, y finalmente mediante Resolución GNR 37517, fue reajustado el beneficio en $701.623, adoptando la entidad un porcentaje del 72%.

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en su defensa sostuvo que reconoció la pensión conforme a la totalidad de semanas cotizadas por el afiliado durante toda su vida laboral, las que fueron equivalentes a 999,57, que según la Ley permite una tasa de reemplazo del 72% sobre el Ingreso base de liquidación. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido e inexistencia del derecho y de la obligación (folio 48-61)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 07 de febrero de 2020, el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., profirió sentencia en el siguiente sentido:

107

*"**PRIMERO: CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reliquidar en favor del demandante Marco Antonio Mora Mora, la pensión de vejez a partir del 01 de octubre del año 2005, partiendo de un ingreso base de liquidación de $974.477 al que se le debe aplicar una tasa de reemplazo de 75% y en consecuencia deberá serle reconocida una primera mesada pensional de $730.857,75 valor sobre el cual deberán aplicarse los reajustes legales pertinentes.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocerle y pagarle al demandante Marco Antonio Mora Mora, las diferencias de mesadas pensionales que resulten entre el monto que le ha venido siendo sufragado y el monto que legalmente le corresponde en los términos señalados en la presente sentencia, a partir del mes de enero del año 2014 y en adelante junto con los reajustes legales pertinentes teniendo en cuenta que procede el reconocimiento de diferencia de mesadas pensionales a favor del demandante causadas desde el mes de enero del año 2014, la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, deberá pagarle al actor los valores respectivos, debidamente indexados tomando para el efecto el IPC que certifique el DANE, de acuerdo con la fórmula: índice de final, sobre índice inicial, por valor histórico que corresponde al valor de cada diferencia de mesada pensional = valor indexado. Así deberá tomarse como índice iniciales del mes de causación de la respectiva diferencia de mesada pensional y como índice finales de la fecha en que se verifique el pago por parte de la demandada.*

***TERCERO: AUTORIZAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, para que el importe del retroactivo de diferencias de mesadas pensionales a qué tiene derecho el demandante desde el mes de enero del año 2014, descuente el valor correspondiente a los saldos de las cotizaciones deficitarias que verificó como trabajador independiente, junto con los intereses moratorios que al respecto se hayan generado.*

***CUARTO: AUTORIZAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, para que del retroactivo de diferencias de mesadas pensionales a qué tiene derecho el demandante, a partir*

del mes de enero del año 2014, descuente en el porcentaje que en derecho corresponde los aportes pertinentes con destino al sistema de seguridad social en salud.

***QUINTO: EXCEPCIONES**, dadas las resultas del juicio, el despacho declara probada la excepción de prescripción, respecto de reajustes pensionales causados con anterioridad, causados en favor del demandante con anterioridad al mes de enero del año 2014 y no probar las excepciones respecto de las condenas infligidas.*

***SEXTO: COSTAS** lo serán a cargo de la demandada. En firme la presente Providencia por secretaría practicarse la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de $1.000.000.*

***SÉPTIMO:** si no fuera apelado oportunamente la presente sentencia consúltese con el superior las partes quedan legalmente notificadas.*

III. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA.

Alego, solo lo concerniente a la condena en costas, bajo el argumento que reconoció la prestación, de conformidad con las semanas efectivamente reportadas en la historia laboral, sin incluir aquellas que se encontraban en mora por parte del asegurado en calidad de trabajador independiente, por lo que considera que ha actuado de buena fe y sujeta a los paramentos legales y documentos obrantes en el expediente administrativo.[1]

IV. CONSIDERACIONES

[1] *Recurso de apelación: "Me permito interponer de manera parcial un recurso de apelación contra el fallo aquí preferido respecto de las costas impuestas en contra de mi poderdante toda vez que la entidad al realizar la reliquidación del demandante la reliquidación pensional del demandante en el año 2017 tomó como lo manifesté previamente la información que se encontraba taxativamente expresada en la historia laboral es por lo que, por existir Mora del mismo demandante en su calidad de trabajador independiente pues la entidad en realidad no cometió ningún tipo de falta en contra del demandante sino que fue el demandante por sí mismo quien omitió pagar esas cotizaciones que se encontraban en Mora es por esto que pues no se evidencia que haya sido algún tipo de mala fe de parte de la entidad pues no es que se haya manifestado de esa manera sino simplemente que la entidad ha actuado de conformidad a la ley y a la documental que obraba en el expediente administrativo del demandante de tal manera pues que solicitó puntualmente al tribunal se revoque el acápite que condena en costas a mi representada sin otro particular su señoría de este modo dejo sustentado mi recurso de apelación, gracias."*

108

En virtud de lo señalado en el artículo 66ª del CPT y de la SS-*principio de consonancia-* y 69 del C.P.T.-*grado jurisdiccional de consulta-*, la Sala examinará si el demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 75%, sobre los ingresos cotizados durante los últimos 10 años.

Previo a resolver el asunto, debe indicarse que no existe discusión en esta instancia, frente a los siguientes supuestos facticos: **I)** Colpensiones a través de la Resolución n. °030868 de 2005, le reconoció pensión de vejez en cuantía de $486.140 a partir del 1 de octubre de 2005, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta un ingreso base de liquidación de $675.195 y una tasa de reemplazo del 72%, al haber comprobado que el afiliado cotizó 991 (folio 15). **II)** Mediante Acto Administrativo GNR 37517 de 2017, la entidad convocada a juicio procedió a reliquidar la prestación del actor, en una cifra equivalente a $698.941, a partir del 24 de enero de 2014, manteniendo la tasa de reemplazo en 72% (folio 20-25). **III)** Finalmente, por medio de la Resolución SUB 913 del 07 de marzo de 2017, la pensión fue reajustada en la suma de $701.623, desde el año 2014 (folio 35)

Hechas las anteriores precisiones, se tiene que en el presente asunto el actor alega que tiene derecho a que su pensión sea reliquidada en un porcentaje del 75%, sobre los ingresos cotizados durante los últimos 10 años.

Así las cosas, se encuentra que el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, prevé como porcentaje inicial de la pensión, un equivalente al 45%, por las primera 500 semanas de cotización, con aumentos del tres por ciento (3%), por cada cincuenta (50) semanas de cotización adicionales a estas, sin que en ningún momento el valor total de la pensión sea superior al 90% del IBL.

Por otra parte, el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, establece que el Ingreso Base de Liquidación, se hallara con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

En este orden se entrara a verificar si el promedio que determinó la entidad de seguridad social, se sujetó a lo establecido en estas normas, por lo que analizada la historia laboral del demandante, se encuentra que reporta un total de 999,43 (folio 66); sin embargo durante los años 1995 a 2005, a pesar que el señor MARCO ANTONIO MORA MORA, reportó 30 días de cotización para los diferentes ciclos, COLPENSIONES procedió a descontar y tener como días cotizados 29, 28 y 27 en algunos periodos, dado que el aporte se realizó de manera tardía.

Luego, se tiene que en tratándose de trabajadores independientes sus cotizaciones se entenderán hechas para cada período, de manera anticipada y no por mes vencido, como lo enunciaba el inciso tercero del artículo 20 del Decreto 692 de 1994, precepto jurídico que, aun cuando fue expresamente derogado por el artículo 56 del Decreto 326 de 1996, posteriormente se insertó en el artículo 35 del Decreto 1406 de 28 de julio de 1999 en similares términos: "*Los trabajadores independientes deberán presentar la declaración de novedades y realizar el pago de las respectivas cotizaciones por períodos mensuales y en forma anticipada. Las novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente*".

De esta manera, como quiera que el demandante, realizó los aportes como trabajador independiente, él era el interesado directo ante el Sistema General de Pensiones por el cubrimiento de las contingencias que contempla, por lo tanto le correspondía asumir, las consecuencias ante la insuficiencia o precariedad en el número mínimo de cotizaciones, exigidas para acceder a las prestaciones contempladas por el sistema pensional.

Así las cosas, considera esta Sala de Decisión, que las cotizaciones efectuadas por el trabajador independiente no dejan de serlo, ni pueden calificarse de nulas o ineficaces, por efectuarse en un lapso '*extemporáneo*" dado que, las normas enunciadas precedentemente, establecen que las cotizaciones realizadas por esta clase de afiliados no surten efectos retroactivos, por lo que, en consecuencia, no pueden ser reprochadas de 'irregulares', habida consideración que siempre se harán para cada período

109

'en forma anticipada', o *"si no se reportan anticipadamente, se reportarán al mes siguiente"*.

En consecuencia, el obrar de la entidad de seguridad, consistente en cobrar interés de mora y descontar días de aquellos reportados, tal como se evidencia de la historia laboral que obra de folio 10 a 14 y 66, no resultaba aceptable y conforme al ordenamiento legal; sino ante dicha circunstancia, el aporte no debía ser contabilizado para la mencionada mensualidad, pero si para la siguiente; por lo que en principio no procedía el reajuste pretendido, de no ser porque la entidad acepto dicho proceder, es decir, no censuró los pagos tardíos efectuados por el demandante- *aunque se trate de días*- ni se opuso a dicha situación en su momento, como tampoco adoptó las medidas pertinentes para solucionar la extemporaneidad de las cotizaciones, por el contrario se reitera aceptó el pago de esos meses y de los siguientes, pues entre el año 1995 y 2005, las mismas se efectuaron de manera continua, tan es así que reconoció la pensión teniendo cuenta estos aportes, por lo que nada obsta para reliquidar la prestación con base a la totalidad de días reportados (30 días)

Por lo anterior, el señor MARCO ANTONIO MORA MORA, cotizó un total de 1012,57 semanas (folio 10-14), lo que le da derecho a una tasa de reemplazo del 75% sobre los ingresos reportados al sistema durante los últimos 10 años.

De esta manera, realizadas las operaciones aritméticas, se obtiene un IBL de ***$683.183,31*** al que se le aplicó un monto del 75%, obteniéndose una primera mesada pensional igual a ***$512.387,48***. No obstante, como la pasiva presento el medio exceptivo de la prescripción, esta se deberá declarar probada respecto de las diferencias causadas antes del 24 de enero de 2014, habida consideración que la reclamación administrativa se presentó el mismo día y mes de 2017, mientras que la demanda fue radicada el 07 de noviembre de 2017 (folio 47).

Conforme a lo anterior el retroactivo pensional, por diferencias pensionales, causadas entre el 24 de enero de 2014 y el 30 de agosto de 2020, asciende a la suma de ***$2.808.914***, advirtiendo que la cifra de la mesada para el año

2014, asciende a **$728.116,00,** mientras que la otorgada por la entidad fue de **$701.623,00,** existiendo una diferencia de $**26.493**. El valor enunciado deberá ser indexado al momento de su pago y sobre el cual se deberán realizar los descuentos al sistema de seguridad social en salud, tal como lo preciso el A-quo.

Finalmente, respecto de las costas procesales, basta decir, que el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral, por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T Y SS, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, por ende se considera que dicha condena, no se encuentra supeditada al hecho de si el sujeto que resultó vencido en juicio, actúo o no de buena fe, a disquisiciones intrínsecas o meras subjetividades, su imposición obedece a criterios objetivos y solo se circunscribe al resultado del proceso.

Atendiendo lo expuesto, la condena en costas que impuso el operador jurídico de primera instancia se torna procedente, al ceñirse al contexto normativo que las regula.

En los términos descritos, la sentencia de primera instancia, será modificada, solo respecto de la cuantía de la prestación y frente a la excepción de prescripción, en el entendido de declararla probada sobre las diferencias generadas antes del 24 de enero de 2014, en tanto se confirmara la sentencia en todo lo demás.

COSTAS: Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL PRIMERO de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de

110

Bogotá, el 07 de febrero de 2020, en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez del señor MARCO ANTONIO MORA MORA, a partir del 1 de octubre de 2005, en la suma de declarar ***$ 512.387,48.***, conforme se expuso.

SEGUNDO: MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO, TERCERO, CUARTO y QUINTO de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, el 07 de febrero de 2020, en el sentido de declarar probada la excepción de prescripción respecto de las diferencias generadas con anterioridad al 24 de enero de 2014. Por lo anterior, COLPENSIONES deberá pagar la suma de ***$2.808.914.***, por diferencias causadas entre el 24 de enero de 2014 y el 30 de agosto del año en curso, sin perjuicio de aquellas que se causen con posterioridad, conforme se expuso.

TERCERO: CONFIRMAR EN LO DEMAS LA SENTENCIA RECURRIDA.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notifica en estrado.

Los Magistrados,

01/3/20

LORENZO TORRES RUSSY

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHAVÉZ ÁVILA

Última hoja del proceso ordinario n.°038-2017-696, promovido por MARCO ANTONIO MORA MORA vs COLPENSIONES

111

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL -
MAGISTRADO: DR. LORENZO TORRES RUSSY
RADICADO: 11001310503820176960 1
DEMANDANTE :
DEMANDADO: COLPENSIONES

FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: *Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta los aportes realizados durante los últimos diez años actualizado a 2005, aplicando el 75% para obtener el valor de la primera mesada, calcular el retroactivo de las diferencias pensionales desde 24/01/2014 a 30/08/2020*

Promedio Salarial Anual

Año 1995

Fecha inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
06/07/95	31/07/95	25	180.000,00	6.000,00	$ 150.000,00		
01/08/95	31/08/95	30	180.000,00	6.000,00	$ 180.000,00		
01/09/95	30/09/95	30	180.000,00	6.000,00	$ 180.000,00		
01/10/95	31/10/95	30	180.000,00	6.000,00	$ 180.000,00		
01/11/95	30/11/95	30	180.000,00	6.000,00	$ 180.000,00		
01/12/95	31/12/95	30	180.000,00	6.000,00	$ 180.000,00		
Total días		175			$ 1.050.000,00	$ 6.000,00	$ 180.000,00

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	214.000,00	7.133,33	$ 214.000,00		
01/02/96	29/02/96	30	214.000,00	7.133,33	$ 214.000,00		
01/03/96	31/03/96	30	214.000,00	7.133,33	$ 214.000,00		
01/04/96	30/04/96	30	214.000,00	7.133,33	$ 214.000,00		
01/05/96	31/05/96	30	214.000,00	7.133,33	$ 214.000,00		
01/06/96	30/06/96	30	214.000,00	7.133,33	$ 214.000,00		
01/07/96	31/07/96	30	214.000,00	7.133,33	$ 214.000,00		
01/08/96	31/08/96	30	214.000,00	7.133,33	$ 214.000,00		
01/09/96	30/09/96	30	214.000,00	7.133,33	$ 214.000,00		
01/10/96	31/10/96	29	214.000,00	7.133,33	$ 206.866,67		
01/11/96	30/11/96	30	214.000,00	7.133,33	$ 214.000,00		
01/12/96	31/12/96	29	214.000,00	7.133,33	$ 206.866,67		
Total días		358			$ 2.553.733,33	$ 7.133,33	$ 214.000,00

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	252.500,00	8.416,67	$ 252.500,00		
01/02/97	28/02/97	30	252.500,00	8.416,67	$ 252.500,00		
01/03/97	31/03/97	30	252.500,00	8.416,67	$ 252.500,00		
01/04/97	30/04/97	30	252.500,00	8.416,67	$ 252.500,00		
01/05/97	31/05/97	30	252.500,00	8.416,67	$ 252.500,00		
01/06/97	30/06/97	29	252.500,00	8.416,67	$ 244.083,33		
01/07/97	31/07/97	29	252.500,00	8.416,67	$ 244.083,33		
01/08/97	31/08/97	30	252.500,00	8.416,67	$ 252.500,00		
01/09/97	30/09/97	29	252.500,00	8.416,67	$ 244.083,33		
01/10/97	31/10/97	30	252.500,00	8.416,67	$ 252.500,00		
01/11/97	30/11/97	30	252.500,00	8.416,67	$ 252.500,00		
01/12/97	31/12/97	29	252.500,00	8.416,67	$ 244.083,33		
Total días		356			$ 2.996.333,33	$ 8.416,67	$ 252.500,00

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	29	298.000,00	9.933,33	$ 288.066,67		
01/02/98	28/02/98	29	298.000,00	9.933,33	$ 288.066,67		
01/03/98	31/03/98	29	298.000,00	9.933,33	$ 288.066,67		
01/04/98	30/04/98	30	298.000,00	9.933,33	$ 298.000,00		
01/05/98	31/05/98	29	298.000,00	9.933,33	$ 288.066,67		
01/06/98	30/06/98	29	298.000,00	9.933,33	$ 288.066,67		
01/07/98	31/07/98	30	298.000,00	9.933,33	$ 298.000,00		
01/08/98	31/08/98	29	298.000,00	9.933,33	$ 288.066,67		

01/09/98	30/09/98	29	298.000,00	9.933,33	$ 288.066,67		
01/10/98	31/10/98	29	298.000,00	9.933,33	$ 288.066,67		
01/11/98	30/11/98	30	298.000,00	9.933,33	$ 298.000,00		
01/12/98	31/12/98	30	298.000,00	9.933,33	$ 298.000,00		
Total días		352			$ 3.496.533,33	$ 9.933,33	$ 298.000,00
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	29	360.000,00	12.000,00	$ 348.000,00		
01/02/99	28/02/99	29	360.000,00	12.000,00	$ 348.000,00		
01/03/99	31/03/99	29	360.000,00	12.000,00	$ 348.000,00		
01/04/99	30/04/99	29	360.000,00	12.000,00	$ 348.000,00		
01/05/99	31/05/99	29	360.000,00	12.000,00	$ 348.000,00		
01/06/99	30/06/99	29	360.000,00	12.000,00	$ 348.000,00		
01/07/99	31/07/99	29	360.000,00	12.000,00	$ 348.000,00		
01/08/99	31/08/99	29	360.000,00	12.000,00	$ 348.000,00		
01/09/99	30/09/99	29	360.000,00	12.000,00	$ 348.000,00		
01/10/99	31/10/99	29	360.000,00	12.000,00	$ 348.000,00		
01/11/99	30/11/99	29	360.000,00	12.000,00	$ 348.000,00		
01/12/99	31/12/99	29	360.000,00	12.000,00	$ 348.000,00		
Total días		348			$ 4.176.000,00	$ 12.000,00	$ 360.000,00
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	29	430.000,00	14.333,33	$ 415.666,67		
01/02/00	29/02/00	30	430.000,00	14.333,33	$ 430.000,00		
01/03/00	31/03/00	30	430.000,00	14.333,33	$ 430.000,00		
01/04/00	30/04/00	30	430.000,00	14.333,33	$ 430.000,00		
01/05/00	31/05/00	30	430.000,00	14.333,33	$ 430.000,00		
01/06/00	30/06/00	30	430.000,00	14.333,33	$ 430.000,00		
01/07/00	31/07/00	29	430.000,00	14.333,33	$ 415.666,67		
01/08/00	31/08/00	30	430.000,00	14.333,33	$ 430.000,00		
01/09/00	30/09/00	30	430.000,00	14.333,33	$ 430.000,00		
01/10/00	31/10/00	30	430.000,00	14.333,33	$ 430.000,00		
01/11/00	30/11/00	30	430.000,00	14.333,33	$ 430.000,00		
01/12/00	31/12/00	30	430.000,00	14.333,33	$ 430.000,00		
Total días		358			$ 5.131.333,33	$ 14.333,33	$ 430.000,00
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	515.000,00	17.166,67	$ 515.000,00		
01/02/01	28/02/01	30	515.000,00	17.166,67	$ 515.000,00		
01/03/01	31/03/01	29	515.000,00	17.166,67	$ 497.833,33		
01/04/01	30/04/01	29	515.000,00	17.166,67	$ 497.833,33		
01/05/01	31/05/01	29	515.000,00	17.166,67	$ 497.833,33		
01/06/01	30/06/01	29	515.000,00	17.166,67	$ 497.833,33		
01/07/01	31/07/01	29	515.000,00	17.166,67	$ 497.833,33		
01/08/01	31/08/01	29	515.000,00	17.166,67	$ 497.833,33		
01/09/01	30/09/01	30	515.000,00	17.166,67	$ 515.000,00		
01/10/01	31/10/01	29	515.000,00	17.166,67	$ 497.833,33		
01/11/01	30/11/01	29	515.000,00	17.166,67	$ 497.833,33		
01/12/01	31/12/01	29	515.000,00	17.166,67	$ 497.833,33		
Total días		351			$ 6.025.500,00	$ 17.166,67	$ 515.000,00
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	29	700.000,00	23.333,33	$ 676.666,67		
01/02/02	28/02/02	30	700.000,00	23.333,33	$ 700.000,00		
01/03/02	31/03/02	30	700.000,00	23.333,33	$ 700.000,00		
01/04/02	30/04/02	30	700.000,00	23.333,33	$ 700.000,00		
01/05/02	31/05/02	30	700.000,00	23.333,33	$ 700.000,00		
01/06/02	30/06/02	30	700.000,00	23.333,33	$ 700.000,00		
01/07/02	31/07/02	30	700.000,00	23.333,33	$ 700.000,00		
01/08/02	31/08/02	30	700.000,00	23.333,33	$ 700.000,00		
01/09/02	30/09/02	30	700.000,00	23.333,33	$ 700.000,00		
01/10/02	31/10/02	30	700.000,00	23.333,33	$ 700.000,00		
01/11/02	30/11/02	30	700.000,00	23.333,33	$ 700.000,00		

112

01/12/02	31/12/02	30	700.000,00	23.333,33	$ 700.000,00		
Total días		359			$ 8.376.666,67	$ 23.333,33	**$ 700.000,00**
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	770.000,00	25.666,67	$ 770.000,00		
01/02/03	28/02/03	30	770.000,00	25.666,67	$ 770.000,00		
01/03/03	31/03/03	30	770.000,00	25.666,67	$ 770.000,00		
01/04/03	30/04/03	30	770.000,00	25.666,67	$ 770.000,00		
01/05/03	31/05/03	30	770.000,00	25.666,67	$ 770.000,00		
01/06/03	30/06/03	30	770.000,00	25.666,67	$ 770.000,00		
01/07/03	31/07/03	30	770.000,00	25.666,67	$ 770.000,00		
01/08/03	31/08/03	30	770.000,00	25.666,67	$ 770.000,00		
01/09/03	30/09/03	30	770.000,00	25.666,67	$ 770.000,00		
01/10/03	31/10/03	30	770.000,00	25.666,67	$ 770.000,00		
01/11/03	30/11/03	30	770.000,00	25.666,67	$ 770.000,00		
01/12/03	31/12/03	30	770.000,00	25.666,67	$ 770.000,00		
Total días		360			$ 9.240.000,00	$ 25.666,67	**$ 770.000,00**
Año 2004							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/04	31/01/04	28	870.000,00	29.000,00	$ 812.000,00		
01/02/04	29/02/04	28	870.000,00	29.000,00	$ 812.000,00		
01/03/04	31/03/04	28	870.000,00	29.000,00	$ 812.000,00		
01/04/04	30/04/04	28	870.000,00	29.000,00	$ 812.000,00		
01/05/04	28/05/04	28	870.000,00	29.000,00	$ 812.000,00		
01/06/04	30/06/04	28	870.000,00	29.000,00	$ 812.000,00		
01/07/04	31/07/04	28	870.000,00	29.000,00	$ 812.000,00		
01/08/04	31/08/04	28	870.000,00	29.000,00	$ 812.000,00		
01/09/04	30/09/04	28	870.000,00	29.000,00	$ 812.000,00		
01/10/04	31/10/04	28	870.000,00	29.000,00	$ 812.000,00		
01/11/04	30/11/04	28	870.000,00	29.000,00	$ 812.000,00		
01/12/04	31/12/04	28	870.000,00	29.000,00	$ 812.000,00		
Total días		336			$ 9.744.000,00	$ 29.000,00	**$ 870.000,00**
Año 2005							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/05	31/01/05	27	915.000,00	30.500,00	$ 823.500,00		
01/02/05	28/02/05	27	915.000,00	30.500,00	$ 823.500,00		
01/03/05	31/03/05	27	915.000,00	30.500,00	$ 823.500,00		
01/04/05	30/04/05	27	915.000,00	30.500,00	$ 823.500,00		
01/05/05	31/05/05	27	915.000,00	30.500,00	$ 823.500,00		
01/06/05	30/06/05	27	915.000,00	30.500,00	$ 823.500,00		
01/07/05	31/07/05	27	915.000,00	30.500,00	$ 823.500,00		
01/08/05	31/08/05	27	915.000,00	30.500,00	$ 823.500,00		
01/09/05	30/09/05	30	823.500,00	27.450,00	$ 823.500,00		
01/10/05	01/10/05	1	915.000,00	30.500,00	$ 30.500,00		
Total días		247			$ 7.442.000,00	$ 30.129,55	**$ 903.886,64**

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	**Nº. Días**	**IPC inicial**	**IPC final**	**Factor de indexación**	**Sueldo promedio mensual**	**Salario actualizado**	**Salario anual**
1995	175	26,147	80,21	3,068	$ 180.000,00	$ 552.171,81	$ 3.221.002,25
1996	358	31,237	80,21	2,568	$ 214.000,00	$ 549.497,17	$ 6.557.332,91
1997	356	37,997	80,21	2,111	$ 252.500,00	$ 533.015,65	$ 6.325.119,01
1998	352	44,716	80,21	1,794	$ 298.000,00	$ 534.535,64	$ 6.271.884,87
1999	348	52,185	80,21	1,537	$ 360.000,00	$ 553.325,45	$ 6.418.575,21
2000	358	57,002	80,21	1,407	$ 430.000,00	$ 605.059,27	$ 7.220.373,94
2001	351	61,989	80,21	1,294	$ 515.000,00	$ 666.368,86	$ 7.796.515,66
2002	359	66,729	80,21	1,202	$ 700.000,00	$ 841.407,11	$ 10.068.838,39
2003	360	71,395	80,21	1,123	$ 770.000,00	$ 865.056,38	$ 10.380.676,59
2004	336	76,029	80,21	1,055	$ 870.000,00	$ 917.828,45	$ 10.279.678,65
2005	247	80,209	80,21	1,000	$ 903.886,64	$ 903.886,64	$ 7.442.000,00
Total días	**3600**	**Total devengado actualizado a:**				**2005**	**$ 81.981.997,49**
Total semanas	**514,29**					**Ingreso Base Liquidación**	**$ 683.183,31**
Total Años	**10,00**					**Porcentaje aplicado**	**75%**
						Primera mesada	**$ 512.387,48**

Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	**2005**	**$ 381.500,00**

Tabla Retroactivo Diferencia Pensional							
Fecha inicial	**Fecha final**	**Incremento %**	**Valor mesada calculada**			**N°. Mesadas**	**Subtotal**
01/01/05	31/12/05	5,50%	$ 512.387,00			0,00	$ 0,00
01/01/06	31/12/06	4,85%	$ 537.238,00			0,00	$ 0,00
01/01/07	31/12/07	4,48%	$ 561.306,00			0,00	$ 0,00
01/01/08	31/12/08	5,69%	$ 593.244,00			0,00	$ 0,00
01/01/09	31/12/09	7,67%	$ 638.746,00			0,00	$ 0,00
01/01/10	31/12/10	2,00%	$ 651.521,00			0,00	$ 0,00
01/01/11	31/12/11	3,17%	$ 672.174,00			0,00	$ 0,00
01/01/12	31/12/12	3,73%	$ 697.246,00			0,00	$ 0,00
01/01/13	31/12/13	2,44%	$ 714.259,00			0,00	$ 0,00
24/01/14	31/12/14	1,94%	$ 728.116,00	$ 701.623,00	$ 26.493,00	13,23	$ 350.590,70
01/01/15	31/12/15	3,66%	$ 754.765,00	$ 727.302,40	$ 27.462,60	14,00	$ 384.476,37
01/01/16	31/12/16	6,77%	$ 805.863,00	$ 776.540,77	$ 29.322,23	14,00	$ 410.511,16
01/01/17	31/12/17	5,75%	$ 852.200,00	$ 821.191,87	$ 31.008,13	14,00	$ 434.113,83
01/01/18	31/12/18	4,09%	$ 887.054,98	$ 854.778,62	$ 32.276,36	14,00	$ 451.869,09
01/01/19	31/12/19	3,18%	$ 915.263,33	$ 881.960,58	$ 33.302,75	14,00	$ 466.238,53
01/01/20	**30/08/20**	3,80%	$ 950.043,33	$ 915.475,08	$ 34.568,26	9,00	$ 311.114,31
Total retroactivo diferencia pensional							**$ 2.808.914,00**

Tabla Liquidación	
Retroactivo pensional	$ 2.808.914,00
Total	**$ 2.808.914,00**

Fuente	Tabla del IPC - DANE., folios del proceso,
Observaciones	Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.

Fecha liquidación lunes, 21 de septiembre de 2020 Recibe: _____

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR AMANDA COSSIO RAMIREZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

RADICADO: 11001 3105 017 2018 00084 01

Bogotá D. C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

En atención al auto precedente, que ordenó la remisión del expediente a este despacho, dado que la ponencia inicial no fue acogida por la mayoría de los magistrados integrantes de la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se procede a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandada COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de julio de 2019.

Igualmente se advierte que la apoderada de la parte demandada COLPENSIONES, presento escrito de alegaciones aduciendo que no comparte las motivaciones expuestas por el Juzgador de Primera instancia, como quiera que si bien el fondo de pensiones está en la obligación de brindar asesoría y buen consejo a sus posibles afiliados, lo cierto es, que también dicho deber esta en cabeza de los consumidores financieros, quienes deben adquirir información acerca de las condiciones, modalidades y sistemas que integran los régimen pensionales.

Por su parte la demandante alegó que no le suministraron una asesoría integral, veraz, oportuna y completa acerca de las ventajas y desventajas del traslado o cambio de régimen pensional, como tampoco le entregaron un plan de pensiones o el reglamento de la administradora, como lo exige el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, razones que considera conllevan a confirmar la sentencia de primera instancia.

Por lo anterior se procede a decidir de fondo la siguiente sentencia:

I. ANTECEDENTES

La demandante pretende que se declarare la ineficacia del traslado efectuado al fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A., al no haberle proporcionada dicha administradora una información completa y comprensible acerca de su traslado. Como consecuencia solicita el traslado del capital ahorrado en su cuenta individual a COLPENSIONES, y condenar a esta última entidad a registrar y activar su afiliación en el régimen que administra. Como sustento de sus pretensiones, indicó que se afilio el ISS el 8 de enero de 1991, donde realizó un total de 99,71 semanas. Aseguró que, en abril de 1997 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, administrado por PROTECCIÓN S.A., entidad que no le señaló las implicaciones del cambio de régimen pensional. Finalmente manifestó que presentó petición encaminada a que se invalidara el traslado efectuado al RAIS, pero que la misma fue resuelta desfavorablemente.

Como fundamento normativo, citó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, artículo 4 y 12 del Decreto 720 de 1994. Así como las sentencias con radicado 31989 y 31314 de 2008, 33083 de 2011 y 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece de folios 76 a 91 del plenario, donde se opone a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, en que el traslado que efectuó la demandante al Régimen de Ahorro Individual no presento ningún vicio en el consentimiento,

168

que por el contrario fue la misma accionante quien de manera voluntaria decidió efectuar el cambio de régimen pensional. Así mismo aseguró que la actora no cumple con los presupuestos enunciados en la sentencia SU-062 de 2010, para retornar el RPM en cualquier momento. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social.

Por su parte, PROTECCIÓN S.A., dio contestación a la demanda como se observa a folios 101-107 mediante la cual se opone a las pretensiones, manifestando que la señora Cossio Ramírez, decidió trasladarse de régimen pensional de manera voluntaria, además que no es posible acceder a las suplicas de la demanda, cuando después de 21 años de afiliación al RAIS, no realizó o efectuó algún tipo de reclamación. Finalmente adujo que al no ser beneficiaria del régimen de transición para la calenda en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, no es posible el retorno a COLPENSIONES. Propuso las excepciones de eficacia del traslado del régimen de Prima Media al RAIS, inexistencia de nulidades por no haberse configurado un vicio en el consentimiento, saneamiento por ratificación de la nulidad alegada, prescripción y genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10, de julio de 2019 el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

1. ***DECLARAR*** *no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y de prescripción propuestas por las demandadas.*

2. ***DECLARAR*** *que la vinculación de la Sra. Amanda COSSIO RAMIREZ, identificada con la C.C. 41.906.400 al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad RAIS, administrado por PROTECCION S.A. fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.*

3. ***DECLARAR*** *que la demandante señora COSSIO RAMIREZ, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES y que esta*

entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad, según lo dicho en precedencia.

4. ***ORDENAR** a **PROTECCION S.A**. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que conformen la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si a ello hubiere lugar, rendimientos etc, tal y como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, según lo advertido en precedencia.*

5. ***ORDENAR a COLPENSIONES**, recibir el traslado de fondos a favor de la demandante y convalidarlos en su historia laboral.*

6. ***CONDENAR EN COSTAS** a COLPENSIONES y a PROTECCION S.A., incluyendo como agencias en derecho a cargo de cada una por valor de $800.000.*

7. ***SE ORDENA LA CONSULTA** de esta sentencia con la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de este Distrito Judicial a favor de Colpensiones.*

Como fundamento de su decisión, el A-quo argumento que de conformidad con lo expuesto en el Decreto 663 de 1993, y atendiendo los pronunciamientos emitidos por la Sala de Casación Laboral, en las sentencias n.°31989 de 2008, SL14522 de 2019, le correspondía al Fondo de Pensiones demostrar que impartió a la demandante información necesario, suficiente y oportuna sobre las consecuencias ante el cambio de régimen, pero que ningún medio probatorio dio cuenta del cumplimiento de este presupuesto o actuación.

III. RECURSO DE APELACION COLPENSIONES

Insiste en que la afiliación que realizó la demandante al RAIS fue libre y voluntaria, y exenta de cualquier error u otro vicio en el consentimiento. Adicionalmente manifestó que la actora durante su permanencia en el RAIS, nunca expreso inconformidad, reparo o nota de protesto alguna. Así mismo adujo que la accionante no cumplió con los presupuestos enunciados en la sentencia SU-062 de 2020, para retornar al RPM en cualquier tiempo. Finalmente preciso que al haber actuado conforme a derecho y buena fe, no había lugar a emitir condena por costas procesales.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social-*principio de consonancia y grado jurisdiccional de consulta-*, la Sala estudiará si COLPENSIONES, debe aceptar en el régimen que administra a la demandante, por haberse declarado la ineficacia de la afiliación en el RAIS.

Para el efecto se expone lo siguiente:

NATURALEZA DEL ACTO JURIDICO DE AFILIACION, OBJETIVOS Y EFECTOS.

El acto jurídico de afiliación al sistema general de pensiones nace de la ley, que impone al trabajador dependiente e independiente vincularse al régimen pensional que libremente escoja, con el objeto de atender la forma en que se financiara su pensión de vejez, en las condiciones previamente establecidas por el legislador, a las que se somete el afiliado según el régimen elegido.

El acto de afiliación es en consecuencia, un acto condición, libre y voluntario, sometido a las normas previamente establecidas por el legislador y a los cambios que se introduzcan a partir de la expedición de nuevas leyes, sin la posibilidad de negociarlas, ni al momento de la afiliación ni cuando se producen los cambios, razón por la que se descarta la naturaleza contractual que algunos le asignan.

Debe resaltarse, que la escogencia del régimen pensional no tiene relación alguna con la determinación del valor de la mesada pensional, ni puede pretenderse anticipar o especular valor alguno de la misma, pues lo que se determina con la escogencia de un régimen, es la forma como se acumularan los recursos para la financiación de la prestación.

El Estado Colombiano en el año de 1993, con el objeto de solucionar el problema de sostenibilidad financiera del sistema pensional, creó un particular modelo, en el que coexisten compiten y son excluyentes dos regímenes pensionales denominados de ahorro individual con solidaridad y el solidario de prima media con prestación definida; cuya diferencia en el

modelo de financiación puede resumirse en que, en el primero es el capital acumulado en la cuenta individual del afiliado el que cubrirá el pago de la pensión; mientras el segundo la pagará con los dineros acumulados en un fondo común de naturaleza pública a partir de un modelo simple de reparto, que implica que el valor de las cotizaciones de los afiliados, cubren el pago de las mesadas pensionales.

Para sustentar lo antes afirmado, es pertinente remitirse a lo consignado en la C-086 de 2002, en la que, en referencia al tema de la afiliación, su naturaleza y el monto de la pensión, se consignó lo siguiente:

> *Además, el carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de seguridad social en pensiones supone que éste se configure, como lo ha sido, como un régimen legal en el que los aportes de los afiliados, como las prestaciones que deben reconocerse, sus requisitos y condiciones, vienen determinados no por un acuerdo de voluntades sino por reglas y principios que se integran en el ordenamiento jurídico y que, por ende, pueden ser modificadas por el legislador cuando las circunstancias históricas así lo impongan.*
>
> *El sistema de seguridad social en pensiones no tiene por finalidad preservar el equilibrio cuota-prestación, sino la debida atención de las contingencias a las que están expuestas los afiliados y beneficiarios, además porque el régimen de prestaciones de la seguridad social en pensiones no es un régimen contractual como el de los seguros privados sino, todo lo contrario, se trata de un régimen legal que de alguna manera se asienta en el principio contributivo en el que los empleadores y el mismo Estado participan junto a los trabajadores con los aportes que resultan determinantes de la cuantía de la pensión. De ahí que los afiliados a la seguridad social no ostenten un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa.*

Y más recientemente en la C-083-2019, se refrenda lo antes expresado por la Corte, de la siguiente manera;

Para garantizar tal derecho, también lo ha explicado esta Corporación, en la reseñada Ley 100 de 1993, el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas

[...] Con fundamento en tal consideración, y tal como lo rememoró esta Corte en Sentencia C-078 de 2017 al resolver sobre la exequibilidad del inciso 4 del artículo 5 de la Ley 797 de 2003, en múltiples decisiones se ha señalado que el Congreso puede establecer la forma en la que se determina la pensión, o el tope de la misma, máxime cuando ello persigue concretar los principios de solidaridad y de sostenibilidad financiera, además de hacer efectivo el derecho a la pensión. Esto incluye "variar la situación jurídica de los destinatarios de una norma, siempre que esa decisión no implique el desconocimiento de los derechos adquiridos (artículo 58 de la Constitución)" tal como lo señaló cuando, en decisión C-089 de 1997, definió sobre la constitucionalidad del artículo 35 parcial de la Ley 100 de 1993.

[...] Así mismo, ha sostenido esta Corporación que el legislador no tiene la obligación de mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas en relación con las leyes vigentes en determinado momento, cuando quiera que su potestad configurativa permita darle prioridad al cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho, y siempre que consulte los parámetros de justicia y de equidad y se sujete a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. También ha explicado que tiene competencia para organizar el sistema de seguridad social en pensiones, a través, entre otros, de la creación de dispositivos de acceso, establecimiento de beneficios en cabeza de determinadas

personas y fijación de requisitos, en el marco de los principios y valores constitucionales y con pleno respeto de los derechos adquiridos.

DE LOS REGIMENES PENSIONALES Y LAS VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE CADA UNO. RAIS – RPM.

Sobre las ventajas de uno u otro régimen pensional y la posibilidad de dar a conocer al afiliado una expectativa referida al monto pensional, se ha establecido desde el nacimiento de los mismos que no existe tal posibilidad, pues uno y otro régimen ofrecen beneficios diferentes, sin que pueda predicarse que unos son mejores o superiores. Igualmente, se ha dejado sentado que el RPM y el RAIS, coexisten son excluyentes y compiten entre sí por la captación de afiliados dentro de los marcos de fijados en la ley. Lo consignado en la C-956-2001 ilustra lo afirmado:

En varias oportunidades, esta Corporación ha precisado que, teniendo en cuenta que los regímenes de seguridad social son complejos e incluyen diversos tipos de prestaciones, en determinados aspectos uno de los regímenes puede ser más beneficioso que el otro y en otros puntos puede suceder todo lo contrario, por lo cual, en principio no es procedente un examen de aspectos aislados de una prestación entre dos regímenes prestacionales diferentes, ya que la desventaja que se pueda constatar en un tema, puede aparecer compensada por una prerrogativa en otras materias del mismo régimen.

En la C-082-2002, se expresó en el mismo sentido:

No puede haber desconocimiento del derecho a la igualdad pues la Ley 100 de 1993 contiene una regulación diferente para cada uno de los regímenes pensionales, apoyada en el principio de la libre elección que permite a los afiliados escoger el subsistema que más se ajuste a sus necesidades, de tal suerte que el futuro pensionado se somete por su propia voluntad a un conjunto de reglas diferentes para uno y otro régimen, y simplemente se hará acreedor a los beneficios y consecuencias que reporte su opción.

171

DE LAS LIMITACIONES AL TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL.

La permanencia y traslado de régimen no solo es un acto que impacta al afiliado en la forma como financiara su pensión, pues tal decisión afecta también en su conjunto las finanzas de uno y otro régimen. Al RPM porque en un sistema de reparto simple, el traslado de un afiliado implica una cotización menos al fondo común, de donde se pagan las pensiones vigentes. Al RAIS, porque altera las posibilidades de obtener mejores rendimientos en los diferentes portafolios de inversión. Por tal razón, el legislador decidió que estabilizar el número de afiliados en un tiempo prudente previo al de la fecha de causación de la pensión se hacía indispensable para sostenibilidad financiera y en consecuencia, limitó la posibilidad de traslado. El plazo se estableció en la Ley 797 de 2003, que limita la posibilidad de traslado de régimen a quien este a diez años o menos de cumplir la edad para acceder a la pensión, quedando consignadas las razones de su exequibilidad en lo expresado en la C-1024 de 2004, en los siguientes términos:

> *La medida prevista en la norma acusada, conforme a la cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, resulta razonable y proporcional, a partir de la existencia de un objetivo adecuado y necesario, cuya validez constitucional no admite duda alguna. En efecto, el objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros. La validez de dicha herramienta legal se encuentra en la imperiosa necesidad de asegurar la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social en materia pensional a todos los habitantes del territorio colombiano, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y*

eficiencia (C.P. art. 48). Así mismo, el objetivo de la norma se adecua al logro de un fin constitucional válido, pues permite asegurar la intangibilidad de los recursos pensionales en ambos regímenes, cuando se aproxima la edad para obtener el reconocimiento del derecho irrenunciable a la pensión, en beneficio de la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional.

El derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones que, por su misma esencia, pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato entre sujetos puestos aparentemente en igualdad de condiciones, tales como, el señalamiento de límites para hacer efectivo el derecho legal de traslado entre regímenes pensionales.

El derecho a la libertad de elección de los usuarios en cuanto al régimen pensional de su preferencia, es un derecho de rango legal y no de origen constitucional, el cual depende, en cada caso, del ejercicio de la libre configuración normativa del legislador.

CONCLUSIONES I:

Bajo las anteriores premisas y con fundamento en los pronunciamientos citados, resulta sustentado afirmar, en síntesis: Que la afiliación al sistema general de pensiones es un acto jurídico unilateral y de adhesión a las condiciones previstas en la ley para el RPM y para el RAIS; que la afiliación no tiene naturaleza contractual; que la elección debe ser libre y voluntaria; que las contingencias y obligaciones originadas en el acto de afiliación están contenidas en la ley y pueden ser modificadas por el legislador cuando las circunstancias lo ameriten; que la elección de un régimen pensional tiene por objeto escoger una forma de financiar la pensión y no un monto pensional; que la determinación de condiciones pensionales y expectativa de un monto pensional al momento de la afiliación no es posible, que no hay posibilidad de señalar como mejores unas que otras al momento de la afiliación; que los afiliados a la seguridad social no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las

pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa; que las condiciones de afiliación a un de régimen son un asunto de orden legal y no constitucional.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL FIJADO POR LA SALA DE CASACIÓN LABORAL PARA SUSTENTAR LA INEFICACIA DEL ACTO DE AFILIACION AL REGIMEN PENSIONAL.

Sobre la ineficacia del traslado de régimen pensional, la jurisprudencia de nuestra Sala de Casación Laboral ha interpretado las normas que se refieren al deber de información de las AFP, definiendo que el incumplimiento al mismo imposibilita la libertad de elección de régimen pensional por parte del afiliado, determinado tres etapas en la regulación, consignadas entre otras en la CSJ-SL1452-2019, resumidas en el siguiente cuadro:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar 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 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 y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información,	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009	Implica el análisis previo, calificado y global de los

asesoría y buen consejo	Decreto 2241 de 2010	antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

La sentencia citada analiza el contenido del deber de información en cada una de las etapas, dejando en evidencia su evolución, pasando de uno menos concreto a uno con la puntualidad de comparar valores de la mesada pensional, lo cual tiene una razón lógica: Una cosa es suministrar información sobre expectativas pensionales durante los primeros diez años de desarrollos legales y económicos que acompañaron la aplicación de la Ley 100 de 1993 y, otra muy diferente, suministrar información después de veinte años, cuando entre otras cosas el afiliado ya tiene cumplido el tiempo y las cotizaciones o el capital para acceder al goce de la pensión por vejez, porque en este momento las variables que **no eran determinables en el año de 1994 (o para el caso el año 1998)**, se convierten en variables determinadas tanto por los cambios introducidos en la ley 797 de 2003, como por la verificación ya en concreto de las variables económicas que incidieron sobre los rendimientos financieros de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, que determinan el monto de la pensión en forma concreta.

Sobre la aplicación de la Ley en el tiempo, ha reiterado la jurisprudencia Sala de Casación Laboral, que las normas bajo las cuales se juzgan los actos jurídicos son las vigentes al momento de su ocurrencia, que

193

en el caso de la demandante corresponden a las vigentes en el año 1998 en que realizó su afiliación al RAIS (folio 112 reverso), siendo las aplicables las contenidas en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto n° 663 de 1993; los artículos 4, 14 y 15 del decreto 656 de 1994, que dan marco al deber de información, en lo que se ha denominado la primera etapa.

Para examinar los contenidos de las normas citadas correspondientes a la primera etapa del deber de información y aplicables al caso por el año en que se produjo el traslado de la demandante, vale la pena hacer su transcripción:

LEY 100 DE 1993.

ARTICULO 13 b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.

ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR. El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

La lectura de la norma anterior permite establecer que el sujeto a quien va dirigida la protección es el afiliado, el derecho protegido es la libertad de elección de su régimen pensional, el infractor es el empleador y cualquiera otra persona que atente contra esa libertad, la sanción prevista es una multa, y, ***la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.***

Por su parte el Decreto 663 -Estatuto Orgánico del Sistema Financiero - de 1993, en el artículo 97 numeral 1°, expedido el 2 de abril de 1993 y publicado en el diario oficial el 5 de abril de 1993, prescribe:

> *1. Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.*

El artículo 1° del mismo Decreto 663 de 1993 establece:

> *ARTICULO 1o. ESTRUCTURA GENERAL. El sistema financiero y asegurador se encuentra conformado de la siguiente manera:*
>
> *a. Establecimientos de crédito.*
>
> *b. Sociedades de servicios financieros.*
>
> *c. Sociedades de capitalización.*
>
> *d. Entidades aseguradoras.*
>
> *e. Intermediarios de seguros y reaseguros*

179

La norma transcrita fue expedida con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 -23 de diciembre de 1993- cuando todavía no existían las AFP.

Por su parte el Decreto n° 656 de 1994 en sus artículos 4,14 y 15 disponen lo siguiente:

> ***ARTICULO 4o.*** *En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter previsional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.*
>
> ***ARTICULO 14.*** *Las Sociedades Administradoras de Fondo de Pensiones tendrán, entre otras, las siguientes obligaciones:*
> *a) Mantener los activos y pasivos de los fondos que administren separados entre sí y de los demás activos de su propiedad. Igualmente, conservan actualizada u en orden de la información y documentación relativa a las operaciones de los fondos y a los afiliados;*
> *b) Mantener cuentas corrientes o de ahorros destinadas exclusivamente a manejar los recursos que administran, las cuales serán abiertas identificando claramente el Fondo al que corresponde la cuenta respectiva;*
> *c) Enviar a sus afiliados, por lo menos trimestralmente, un extracto que registre las sumas depositadas, sus rendimientos y saldos, así como el monto de las comisiones cobradas y de las primas pagadas. La Superintendencia Bancaria podrá autorizar a las administradoras el envío o disponibilidad de extractos por medios distintos a la correspondencia escrita;*
> *d) Literal modificado por el artículo 55 de la Ley 1328 de 2009. Entra a regir el 15 de septiembre de 2010. Invertir los recursos del sistema en las condiciones y con sujeción a los límites que para el efecto establezca el Gobierno Nacional.*

e) Cuando negocien activos de los fondos administrados, deberán expresar y dejar constancia en los títulos correspondientes del nombre del fondo por cuenta del cual actúan;

f) Abonar los rendimientos del fondo en la cuenta de ahorro pensional de cada afiliado y a prorrata de las sumas acumuladas en cada una de ellas y de la permanencia de las mismas durante el período correspondiente, según las instrucciones que al efecto imparta la Superintendencia Bancaria;

g) Garantizar a los afiliados de los fondos una rentabilidad mínima, que será determinada con base en la metodología que adopte el Gobierno Nacional teniendo en cuenta los parámetros señalados en el artículo 101 de la Ley 100 de 1993;

h) Adelantar las acciones de cobro de las cotizaciones retrasadas. Los honorarios correspondientes a recaudos extrajudiciales solamente podrán ser cobrados a los deudores morosos cuando estas acciones de cobro se adelanten por terceros cuyos servicios se contraten para el efecto.

Las cuentas de cobro que elaboren las administradoras por las sumas que se encuentren en mora prestarán mérito ejecutivo;

i) Atender oportunamente las solicitudes de retiro de excedentes de libre disponibilidad, incluidas las correspondientes a retiros de aportes voluntarios, que deberán ser presentadas con no menos de seis (6) meses de antelación. El preaviso de que trata el presente artículo no es renunciable por parte de la administradora;

j) Prestar, de conformidad con lo previsto en el literal b) del artículo 60 de ley 100 de 1993, asesoría para la contratación de rentas vitalicias, cuando ellas les sea solicitada por sus afiliados;

k) Publicar la información que determinen el Gobierno Nacional y la Superintendencia Bancaria de conformidad con sus facultades legales;

l) Devolver los saldos de que tratan los artículos 66, 72 y 78 de la Ley 100 de 1993 dentro de los mismos plazos máximos que se fijen para el reconocimiento de pensiones y, si a ello hubiere lugar, entregarlos de conformidad con el procedimiento previsto en el numeral 7o. del artículo 127 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero;

m) Las demás que señalen las disposiciones legales.

175

ARTICULO 15. *Todo fondo de pensiones deberá tener un plan de pensiones y un reglamento de funcionamiento aprobados de manera previa e individual por la Superintendencia Bancaria. El reglamento debe contener, a lo menos, las siguientes previsiones:*
a) Los derechos y deberes de los afiliados y de la administradora;
b) El régimen de gastos conforme a las disposiciones que establezca la Superintendencia Bancaria, y
c) Las causales de disolución del fondo.
El texto del reglamento, así como del respectivo plan, deberá ser entregado a cada afiliado a más tardar al momento de su vinculación. Los reglamentos deberán ser redactados de forma tal que sean de fácil comprensión para los afiliados y la copia que de los mismos se entregue a éstos deberá emplear caracteres tipográficos fácilmente legibles.

PARAGRAFO. *Las modificaciones a los reglamentos de los fondos de pensiones deberán ser igualmente aprobadas de manera previa por la Superintendencia Bancaria.*

PARAGRAFO. *transitorio. A las personas que se vinculen a un fondo de pensiones durante los dos primeros meses de funcionamiento del mismo, el texto del reglamento podrá serles entregado a más tardar al vencimiento de dicho término.*

De las disposiciones anteriores salta a la vista, que la relacionada con el caso es el artículo 4°, que hace responsables a las AFP en el grado de culpa levísima, por los daños que se puedan causar a los afiliados y la del literal j) del artículo 14 que impone un deber de asesoría, cuando así lo requiera el afiliado para la contratación de rentas vitalicias.

En lo que tiene que ver la aplicación del estatuto orgánico del sistema financiero – Decreto 663 de 1993 – como fuente del deber de información, resulta al menos forzada su aplicación, porque para entonces no existían las AFP como lo evidencia la fecha de su expedición y como lo confirma su artículo 1°, por lo que no puede esperarse encontrar un contenido material

del deber de información sobre asuntos pensionales, o al menos no en la forma en que se describe en la jurisprudencia para esta primera etapa, al señalar que debe incluir referencias claras, precisas sobre las ventajas de cada régimen, el monto de la pensión, la perdida de régimen de transición, porque no existían ni las administradoras ni la Ley 100 de 1993.

DE LA NATURALEZA Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS SANCIONATORIAS EN MATERIA DE AFILIACION AL REGIMEN PENSIONAL.

Como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de nuestra Corte, la respuesta, reacción jurídica o sanción, al incumplimiento en el deber de información, es la ineficacia del acto de afiliación prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, al interpretar que tal falta atenta contra la libertad de elección prevista en el artículo 13 del mismo estatuto, porque en síntesis, no puede ser libre una decisión desinformada.

El artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establece un régimen sancionatorio para el empleador o cualquiera otra persona que *impida o atente* contra la libertad de elección del régimen pensional, estableciendo la imposición de multas y que la afiliación quedará sin efecto y podrá hacerse nuevamente. La norma consagra una sanción, que es la imposición de una multa por parte de una autoridad administrativa (Ministerio de Salud – Ministerio de Trabajo y Seguridad Social - Superintendencia de Salud) y, una penalidad accesoria, que deja sin efecto la afiliación para que el afectado pueda hacerla nuevamente.

Tales efectos jurídicos sancionatorios requieren para su imposición, la declaración de una autoridad administrativa de las allí señaladas, que son las competentes para que se declare la violación, se imponga la multa y surja la consecuencia accesoria de dejar sin efecto la afiliación para dar paso a una nueva, si el afectado así lo desea.

Siendo el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 la fuente invocada para dejar sin efecto la afiliación al régimen pensional, bien vale la pena recordar, que los regímenes sancionatorios solo pueden establecerse en leyes, siendo

de la esencia de los mismos que solo el Congreso de la República pueda adoptarlos en virtud del principio denominado *reserva de ley*, e impone que las correspondientes sanciones solo puedan ser impuestas por las autoridades competentes, acatando el debido proceso, dentro del plazo previsto por la ley y con la dosificación señalada en ella. De otra parte el Decreto n° 720 DE 1994 estableció lo siguiente:

CAPITULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1° OBJETO. *El presente Decreto regula las condiciones y términos para el desarrollo de la actividad de promoción y distribución de los productos de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones, incluidos los planes complementarios, alternativos y los planes pensiones.*

Artículo 2° DESTINATARIOS. *Igualmente señala las personas y entidades habilitadas para efectuar dichas labores, las disposiciones a las cuales han de sujetar su gestión, las condiciones de supervisión por parte de la Superintendencia Bancaria y el régimen sancionado correspondiente.*

CAPITULO IV. RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y ORGANIZACION DE LOS PROMOTORES.

Artículo 10. *RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.*

Las normas transcritas establecen la responsabilidad por los perjuicios que se causen a los afiliados, con ocasión de cualquier infracción, error u omisión de los promotores de las AFP, indicando que es responsabilidad de estas últimas; razón por la que cual esta disposición no permite trasladar los perjuicios de las omisiones en el deber de información a un sujeto de derecho, que como Colpensiones, no intervino en la decisión del afiliado al momento de optar por el RAIS, ni es responsable del deber de información que impone la doble asesoría que solo se estableció a partir del año 2014 con la expedición de la Ley 1748.

Para el efecto resulta ilustrativo el contenido de la C-412 de 2015, que al referirse al régimen sancionatorio recordó la obligación de aplicar las garantías del debido proceso a la potestad de la administración en esta materia, referidos al principio de legalidad y de reserva de ley, respecto de los cuales expreso:

PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

El principio de legalidad exige que dentro del procedimiento administrativo sancionatorio la falta o conducta reprochable se encuentre tipificada en la norma -lex scripta- con anterioridad a los hechos materia de la investigación-lex previa. En materia de derecho sancionatorio el principio de legalidad comprende una doble garantía, a saber: material, que se refiere a la predeterminación normativa de las conductas infractoras y las sanciones; y, formal, relacionada con la exigencia de que estas deben estar contenidas en una norma con rango de ley, la cual podrá hacer remisión a un reglamento, siempre y cuando en la ley queden determinados los elementos estructurales de la conducta antijurídica. Esto se desprende del contenido dispositivo del inciso 2° del artículo 29 de la Constitución Política que establece el principio de legalidad, al disponer que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa (...)", es decir, que no existe pena o sanción si no hay ley que determine la legalidad de dicha actuación, ya sea por acción u omisión.

PRINCIPIO DE TIPICIDAD-Alcance

El principio de tipicidad como desarrollo del de legalidad hace referencia a la obligación que tiene el legislador de definir con claridad y especificidad el acto, hecho u omisión constitutiva de la conducta reprochada por el ordenamiento, de manera que les permita a las personas a quienes van dirigidas las normas conocer con anterioridad a la comisión de la misma las implicaciones que acarrea su transgresión. Conviene precisar que, si bien es cierto que en materia sancionatoria la ley puede hacer remisiones a los reglamentos, -con el fin de complementar el tipo allí descrito-, también lo es que la remisión se encuentra limitada al núcleo esencial de lo que se ha estipulado en la ley. De allí que la tipificación para la descripción de la conducta y la sanción, corresponde por mandato constitucional al legislador, mientras que la aplicación de la misma para subsumir el hecho antijurídico al tipo descrito, corresponde a la administración.

DEBIDO PROCESO-Concepto y alcance/ DEBIDO PROCESO-Elementos integradores

El artículo 29 de la Constitución dispone, de una parte, que toda actuación se desarrolle con sujeción al procedimiento legalmente preestablecido en la materia. Y, de otra, constituye una limitación a los poderes del Estado, habida cuenta de que corresponde al legislador establecer previamente la infracción, las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en estas y la definición de las autoridades públicas o administrativas competentes para realizar la investigación y, consecuentemente, imponer la sanción. La jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera reiterada que el debido proceso es el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico orientadas a la protección del individuo incurso en una conducta judicial o administrativamente sancionable, precisando que son elementos integradores del debido proceso los siguientes: "a) el derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia; b) el derecho al juez natural; c) el derecho a la defensa; d) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable; e) el

derecho a la independencia del juez y f) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario."

DEBIDO PROCESO EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS-Opera en tres momentos específicos

Las garantías procesales en el campo administrativo sancionatorio no son iguales a las del ámbito judicial, toda vez que se enmarcan dentro de rasgos y etapas diversas. El debido proceso en las actuaciones administrativas opera en tres momentos específicos: (i) en la formación de la decisión administrativa (acto administrativo), (ii) en la notificación o publicación de esa decisión administrativa, y (iii) en la impugnación de la decisión (recursos).

POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION-Ejercicio

Para el ejercicio de la potestad sancionatoria a cargo de la administración se requiere: (i) una ley previa que determine los supuestos que dan lugar a la sanción, así como la definición de los destinatarios de la misma, -sin que necesariamente estén desarrollados todos los elementos del tipo sancionatorio-, ya que es válida la habilitación al ejecutivo con las limitaciones que la propia ley impone; (ii) que exista proporcionalidad entre la conducta o hecho y la sanción prevista, de tal forma que se asegure tanto al administrado como al funcionario competente, un marco de referencia que permita la determinación de la sanción en el caso concreto, y (iii) que el procedimiento administrativo se desarrolle conforme a la normatividad existente, en procura de garantizar el debido proceso.

RESERVA DE LEY-Manifestación del principio de democracia y de división de los poderes

La reserva de ley es una manifestación del principio de democracia y de división de los poderes, el cual exige que ciertas materias deban ser directamente reguladas por el legislador mediante la expedición de leyes y no a través de regulaciones de menor jerarquía como lo son

los decretos de carácter reglamentario. Este principio impone la obligación de que los núcleos esenciales de la materia objeto de reserva estén contenidos (regulados) en una ley.

RESERVA DE LEY-Tipos

PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY-Carácter material

LEY-Asuntos sujetos a reserva material

Son asuntos sujetos a reserva material de ley las actividades que la Constitución expresamente señala: (i) las atribuciones propias del Congreso de la República y (ii) las que el legislador considere necesario regular, siempre y cuando no hayan sido otorgadas (tacita o expresamente) a otras ramas del poder o a otros órganos del Estado.

LEY MATERIAL-Materias sujetas a reserva

Frente a las materias sujetas a reserva de ley formal, la Corte Constitucional ha manifestado que son aquellos temas en los que no puede intervenir el legislador extraordinario, pues se exige la participación directa del Congreso como órgano máximo de deliberación política y de representación democrática, tal como ocurre con las leyes orgánicas, estatutarias y marco o cuando se decretan impuestos o expiden códigos. En suma: (a) sólo el legislador puede regular la materia; (b) las autoridades administrativas, incluido el Gobierno Nacional, carecen de competencia para regular esa materia; y, (c) el legislador no puede en la ley que trata la materia, delegar en el Gobierno Nacional la regulación de la misma.

Los anteriores mandatos constitucionales, estructuran el debido proceso, y han sido recogidos entre en otros en los artículos 16 y 21 de nuestro estatuto sustantivo laboral, en los que se consagran los principios de inescindibilidad e irretroactividad de la ley, aplicados e interpretados en su conjunto de manera reiterada en infinidad de sentencias, en las que la Sala de Casación Laboral ha sentado la aplicación de las normas con total

observancia del principio de inescindibilidad, dejando consignado al menos un millar de sentencias, que no es posible fraccionar la ley con el objeto de tomar de una y otra norma la parte que convenga a los intereses de quien pretende un derecho, construyendo una tercera que lo favorezca. (SL10233-2014, SL9405-2015, SL148-208, SL494-2016, SL4093-2017, SL6505-2015, SL2124- 2016, SL2124 2018, entre otras, de las 923 que relaciona la relatoría.)

CONCLUSIONES II.

Bajo las anteriores premisas es posible concluir: Que la competencia para imponer las sanciones previstas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 está asignada a las instancias administrativas allí señaladas; que la sanción prevista es la multa y dejar sin efecto la afiliación para que el interesado realice **una *nueva;*** que las sanciones aquí previstas solo la pudo establecer el legislador en ejercicio de sus competencias; que en aplicación del debido proceso la sanción debe existir de manera previa al hecho que la origina; que en virtud del principio de legalidad no pueden aplicarse sanciones recurriendo a la analogía, ni remitirse a normas sancionatorias que regulen otros casos; que no pueden aplicarse las normas fraccionadamente y construirse una tercera que favorezca el derecho del accionante, que hay norma expresa sobre la responsabilidad que compete a las AFP por los perjuicios cometidos por la acción u omisión de sus agentes y, que las sanciones deben ser aplicadas en la forma prevista en la Ley.

DE LA AUTONOMIA DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA APLICACIÓN INTEGRAL DE LAS NORMAS CONTENIDAS EN LA LEY 100.

La seguridad social se encuentra definida como un derecho público que será prestado de conformidad con lo establecido en el artículo 4° de la Ley 100 de 1993, que reza:

ARTÍCULO 4o. DEL SERVICIO PÚBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL. La Seguridad Social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado y que será prestado por

179

las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidos en la presente ley.

Este servicio público es esencial en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Con respecto al Sistema General de Pensiones es esencial sólo en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones.

Por su parte en el artículo 288 se ratifica la misma autonomía, se consagra la favorabilidad y la inescindibilidad, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 288. APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN LA PRESENTE LEY Y EN LEYES ANTERIORES. Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente Ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta Ley.

La autonomía e independencia de la seguridad social han sido refrendadas por la jurisprudencia de manera reiterada y uniforme, entre otras muchas en la CSJ-SL1689-2019 en la que se consignó:

Así las cosas, y para dar respuesta a los planteamientos propuestos en la demanda de casación, vale recordar que la codificación que contiene las disposiciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de antaño, obtuvo independencia de las demás ramas del derecho, de manera tal que posee instituciones con características, identidad y regulación normativa propia; de ahí que conforme el artículo 145 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, solo está permitido recurrir a las preceptivas de otros ordenamientos ante la ausencia de regulación legal del respectivo tema.

La normatividad impone que los temas de seguridad social regulados en la Ley 100 de 1993, se sometan a su aplicación y, en caso de ausencia de

norma aplicable, se acuda a las disposiciones de integración normativa y analogía, que permitan encontrar la solución al problema jurídico planteado.

Bajo las anteriores consideraciones las discusiones sobre la eficacia de la afiliación a un régimen pensional, encuentran solución integral en las normas de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, sin que haya vacío que permita acudir a estatutos diferentes para su solución.

DE LA APLICACION DEL CODIGO CIVIL Y DE COMERCIO A LOS ASUNTOS REGULADOS EN EL SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL ESTABLECIDO POR LA LEY 100 DE 1993.

En atención a que los precedentes jurisprudenciales de nuestra Sala de Casación Laboral en materia de ineficacia de la afiliación a un régimen pensional, han aplicado normas del Código Civil y de Comercio, para trasladar sus efectos a los asuntos de la seguridad social, es necesario referirse a ellos, de la forma en que se expone a continuación.

En síntesis, ha señalado la jurisprudencia, que la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando emana de la ausencia del deber de información por parte de las AFP, transgrede el derecho a la libre elección prevista en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 y, conduce a la ineficacia de la afiliación, la cual deberá entenderse en sentido estricto y deberá en consecuencia producirse el restablecimiento previsto en el artículo 1746 del Código Civil que reza:

> *La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.*
> *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala*

100

fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Lo tesis sentada en la jurisprudencia laboral ha quedado consignado entre otras en la SL4360-2019 en los siguientes términos:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro.

Ahora bien, podría contra argumentarse que ese precepto alude a una acción del empleador o de cualquier persona tendiente a engañar al trabajador; sin embargo, para la Corte esta es una lectura incompleta y reduccionista de la norma, en la medida que los derechos pueden

ser objeto de violación o transgresión por acción, y también por omisión. Además, en ninguno de sus enunciados el texto refiere que para que se configure la ineficacia sea necesario un «engaño», «artificio» o un vicio del consentimiento; antes bien, la norma alude a «cualquier forma» de violación de los derechos de los trabajadores a la afiliación.

En consonancia con lo expuesto, cabe recordar que todo deber tiene como correlato un derecho. Luego, si conforme a las reglas referidas en casación, las administradoras tienen rigurosas obligaciones de brindar información a los afiliados; estos a su vez tienen el derecho a recibirla. Por ello, puede aseverarse que existe un derecho de los afiliados a obtener información sobre las consecuencias y riesgos de su cambio de régimen pensional, de manera que su violación –por disposición de ley– se sanciona con la ineficacia del acto.

Para ahondar en razones, y asumiendo que el deber de información tiene como correlato un derecho a la información, la sanción de ineficacia no solo encuentra respaldo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sino también en los artículos 272 de la citada normativa, 13 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Política.

En efecto, siguiendo la tradición de las legislaciones tutelares que propenden por la intangibilidad e irrenunciabilidad de un mínimo de derechos y garantías ciudadanas, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sanciona con la ineficacia o la privación de efectos jurídicos todo acuerdo que menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores. De ahí que, para esta Corte, la figura de la ineficacia sea la vía correcta al momento de examinar los casos de violación del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones.

Ahora bien, no niega la Corte que en determinados casos el traslado pueda estar afectado o menguado en sus efectos por otras vicisitudes que lo golpean. Por ejemplo, cuando el afiliado no presta su consentimiento o el acto carece por completo de voluntad, en cuyo

caso el asunto debe abordarse desde el campo de la inexistencia. Lo que quiere recalcarse es que cuando la alegación sea la falta de información (lo cual significa que el acto existe y cumple los requisitos formales de validez), el asunto debe abordarse bajo el prisma de la ineficacia.

3. Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado

En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).

Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde

siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Sobre la ineficacia en sus diferentes acepciones y efectos, la C-345 de 2107, ilustra sobre la aplicación de la figura a los contratos civiles y comerciales, precisando que en los primeros operan las nulidades absoluta y relativa previstas en el Código Civil y, en los segundos, la ineficacia de pleno derecho establecida en el artículo 897 del Código de Comercio, que es el único ordenamiento que la tiene prevista en nuestra legislación, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 897. <INEFICACIA DE PLENO DERECHO>. Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.

El texto anterior vincula a los comerciantes y actos mercantiles por disposición del artículo 1° del mismo estatuto mercantil que reza:

ARTÍCULO 1o. <APLICABILIDAD DE LA LEY COMERCIAL>. Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas.

182

De los textos transcritos se desprende que la figura de la ineficacia de pleno derecho, está ligada a los actos de comercio en los casos allí citados; que la norma no establece las consecuencias de la ineficacia de pleno derecho, por lo que pueden aplicarse las normas de la nulidad previstas en el estatuto civil, por mandato expreso que hace el artículo 822 del Código de Comercio, como lo refiere la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil en la sentencia SC-3201-2018 en la que se expresa :

Lo anterior es así por cuanto el Código de Comercio no prescribe los efectos específicos para cada una de las formas de invalidez en él mencionadas; lo que hace necesario acudir a las reglas que rigen esa materia en el campo civil, en aplicación del principio de remisión previsto en el artículo 822 de la codificación mercantil, según el cual «los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa».

Luego, por aplicación extensiva del artículo 1746 del Código Civil, es preciso aplicar a los casos de ineficacia comercial los efectos que la ley consagró para la nulidad:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo».

Cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz (como el artículo 897 del Código de Comercio), la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás; lo cual tiene la aptitud de producir acción contra terceros poseedores. Así lo consagra expresamente el artículo 1748: «La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales».

Los referentes jurisprudenciales citados precisan que la figura de la ineficacia de pleno derecho es propia de los actos regulados en el estatuto comercial y que tal estatuto no tiene establecidos los efectos legales de la misma, pero que el artículo 822 remite a las normas del Código Civil y puntualmente al artículo 1746. Los supuestos de hecho de esta jurisprudencia nada tienen que ver, con el acto de afiliación a un régimen pensional, pues la situación fáctica que plantea vincula comerciantes y actos de comercio, se discute una situación de carácter contractual y, los efectos de la ineficacia previstos en el estatuto civil se aplican en asuntos mercantiles, pero porque así lo dispone una norma que dentro del mismo código de comercio remite a tal ordenamiento.

A diferencia de lo que ocurre con el artículo 897 del Código de Comercio, que deja vacío el efecto de la ineficacia, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, incorpora: El derecho protegido; la autoridad competente para determinar las conductas atentatorias del mismo; las multas y efectos respecto a la afiliación y, dispone que en tal caso podrá hacerse una nueva.

La construcción jurisprudencial de la ineficacia del acto de afiliación al régimen pensional, se realiza a partir del fraccionamiento del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, del que se toma la consecuencia de dejar sin efecto la afiliación; se aplica el artículo 897 del Código de comercio del que se toma el efecto de la ineficacia de pleno derecho y, se aplican las disposiciones del

183

artículo 1746 del Código Civil, para sustentar el restablecimiento al estado anterior en que se encontraba el afiliado.

La aplicación fraccionada de la ley contraviene la inveterada y reiterada jurisprudencia que sobre inescindibilidad de la norma ha aplicado la Sala, entra en tensión con la prohibición de tomar una parte de una norma y otra para dar nacimiento a una tercera y, desatiende los mandatos sobre integración y remisión normativa.

El referente jurisprudencial traído de la Sala de Casación civil, resulta descontextualizado como lo demuestra el supuesto factico del mismo, pues en él se discute una situación contractual entre comerciantes, en el que al declararse la ineficacia de pleno derecho a la venta de las acciones de una compañía, se afecta a un tercero comprador; teniendo la necesidad de abordar los restablecimientos mutuos a la luz del artículo 1746 del Código Civil, **pero por remisión expresa del artículo 822 del Código de Comercio.**

La Corte Constitucional definió que el acto de afiliación es un asunto de orden legal, que se produce en obedecimiento a un mandato que así lo impone para trabajadores dependientes e independientes, es de carácter unilateral y de adhesión a las reglas fijadas por el legislador para uno y otro régimen, solo el legislador puede introducir cambios según lo demanden las circunstancias; razón por la que resulta ajeno a la declaratoria de su ineficacia, la aplicación de normas que desbordan el estatuto de la seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993. El sustento de lo afirmado por la Corte Constitucional respecto de la naturaleza y regulación del acto de afiliación, está en los pronunciamientos de constitucionalidad citados en esta providencia y en los contenidos de los artículos 4, 11, 13, 15 y 288 de la Ley 100 entre otros.

CONCLUSIONES III.

De lo expuesto resulta fundado concluir que:

La estructura de la norma contendida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, al proteger el derecho a la libre elección de régimen pensional, señalar las autoridades competentes para hacerlo efectivo y disponer sus consecuencias jurídicas, impone su aplicación sin fraccionamiento alguno y hace improcedente acudir a estatutos distintos, como el civil y el comercial para determinar sus efectos.

Los principios constitucionales plasmados en el artículo 29 de nuestra Carta Política y los legales consagrados en el estatuto de seguridad social, refrendados en un millar de sentencias de nuestra Sala de Casación Laboral, sustentan la conclusión anterior, porque han pregonado el principio de inescindibilidad en la aplicación de las normas; la imposibilidad de tomar de una y otra norma lo que convenga a la pretensión del accionante, para dar paso a una tercera construida por el juez con tal propósito; todo lo cual debe cumplirse con mayor rigor cuando se trata de normas de carácter sancionatorio.

EFECTOS DE LA INEFICACIA DEL ACTO DE AFILIACION Y LA AFECTACION A COLPENSIONES.

La Ley 100 de 1993 estableció *El Sistema General de Pensiones* compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber:

a. Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.
b. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Los responsables de la administración de los dos regímenes pensionales son: Colpensiones la del primero, y las AFP las del segundo, cuya naturaleza jurídica y condiciones de existencia y manejo de los recursos está determinada en la Ley, en virtud de la cual la primera opera como Empresa Industrial y Comercial del Estado convertida en entidad de carácter financiero especial en el año 2011 y, las AFP como sociedades de servicios financieros, vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, constituidas con el objeto social exclusivo de administrar fondos

de pensiones obligatorias, fondos de cesantías, fondos de pensiones voluntarias y patrimonios autónomos de naturaleza pensional.

La coexistencia de los dos regímenes pensionales implica la competencia por la captación de afiliados, para lo cual la Ley 100 de 1993 estableció lo siguiente:

> *ARTÍCULO 287. ACTIVIDADES PROPIAS DE LOS INTERMEDIARIOS EN LAS ENTIDADES DE SEGURIDAD SOCIAL. Las Entidades de Seguridad Social, las Entidades Promotoras de Salud y las Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía y/o de Pensiones podrán realizar las actividades de promoción y ventas, la administración de la relación con sus afiliados, el recaudo, pago y transferencia de los recursos por intermedio de instituciones financieras, intermediarios de seguros u otras entidades, con el fin de ejecutar, las actividades propias de los servicios que ofrezcan.*
>
> *El Gobierno reglamentará la actividad de estos intermediarios, regulando su organización, actividades, responsabilidades, vigilancia y sanciones a que estarán sujetos.*

En desarrollo de la reglamentación de la anterior disposición, y, en lo que se refiere a la responsabilidad de las AFP frente a sus afiliados, se estableció en el Decreto 720 de 1994 lo que ya ha quedado consignado anteriormente.

En esta norma, a diferencia de las que cita la jurisprudencia en el marco del deber de información de las AFP, en lo que se denominó primera etapa; se establece el deber de información por parte de los promotores de forma general y abstracta, se consigna que las AFP deben responder por sus actuaciones, en especial por aquellas que impliquen un perjuicio para el afiliado.

Bajo las anteriores premisas, en la medida en que el afiliado es quien tiene la opción de escoger su régimen pensional; mientras no se demuestre que Colpensiones invadió la órbita de su derecho a elegir, ninguna

consecuencia de las establecidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, puede aplicarse a un tercero que nada tuvo que ver en el acto de escogencia y afiliación al RAIS, ni en la deficiente o suficiente información que se le suministró, ni era la obligada a suministrarla en el año 1998, en que la afiliada tomó su decisión.

La anterior afirmación tiene sustento, en que de conformidad con lo hasta aquí expuesto, el régimen sancionatorio establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que sirve como sustento a la ineficacia del acto de afiliación, establece como sanción adicional a la multa que impongan las autoridades administrativas allí señaladas, la ineficacia del acto de afiliación y la habilitación para que el interesado haga una nueva; que de ninguna manera puede traducirse en que Colpensiones asuma la consecuencia de las omisiones de la AFP, que no solo es un sujeto de derecho diferente y autónomo, sino que es su competencia en materia de administrar pensiones sus afiliados.

Cabe resaltar que la relación jurídica originada en el acto de afiliación del demandante cuyos efectos se pretenden invalidar, tiene como sujeto a la demandada PROTECCIÓN S.A., mientras que COLPENSIONES es un sujeto procesal demandado, pero ajeno a la relación jurídica sustancial que vincula al actor con la restante demandada.

Por las particularidades del caso colombiano al permitir la coexistencia de regímenes, en vez de remediarse la desfinanciación del sistema pensional vigente, se agravó su situación de sostenibilidad financiera, ya que al permitirse la coexistencia y libre competencia, la mayor fuerza en la promoción de afiliaciones por parte de las AFP, dejo el sistema con un mayor problema del que tenía, al perder un número importante de cotizantes, que constituían con sus aportes el soporte para el pago de las pensiones ya causadas en favor de miles de colombianos.

La afirmación anterior tiene sustento en lo expresado por la Corte Constitucional en la C-083 de 2019, en la que se consignó:

185

7.5. Según se explicó en precedencia, el régimen de prima media con prestación definida tiene un carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas, en otras palabras, los cotizantes son los convocados a sufragar las pensiones de quienes ya cumplieron los requisitos de acceso.

7.6. Para ello el fondo común incorpora la totalidad de las cotizaciones y junto con los incrementos financieros que se producen dispone del pago de las pensiones, en las distintas contingencias. ***Esto que parece simple tiene sin embargo una gran complejidad, en la medida en que tanto la fijación de las cotizaciones, como el tiempo en el que debe realizarse y la edad del disfrute se determinan de acuerdo a un modelo financiero que permita hacer viable el régimen.*** *El Estado allí funciona como garante de las obligaciones pensionales, siempre que los afiliados cumplan con la densidad de semanas exigidas y la edad requerida. Con todo y la fijación de un modelo actuarial que haga sostenible el régimen de prima media, tal como se explicó en el acápite pertinente, por lo menos se subsidian en un 40% las pensiones de vejez.*

7.7. Lo anterior es pertinente, pues tanto el actor, como los intervinientes que solicitan o bien la inexequibilidad o la exequibilidad condicionada de la norma demandada sostienen que se viola el artículo 48 constitucional, en cuanto el valor de la pensión de vejez no refleja la totalidad de las semanas que se cotizaron. Tal estimación supone que debe existir una estricta correspondencia entre el tiempo que cotizaron, con la fijación del porcentaje que determinará el monto de la pensión.

7.8. Sin embargo, como se ha anotado en esta providencia, esa simetría no es aceptable en el modelo de seguridad social, en tanto no existe la posibilidad de recuperar en idéntica proporción lo sufragado, dada la naturaleza redistributiva del sistema y en atención a las distintas variables que se tienen en cuenta para garantizar el sostenimiento. Su carácter igualitario deriva de que, ese mecanismo,

permite compensar la situación de aquellos que, de ser exclusivamente por las cotizaciones no tendrían la posibilidad de protegerse ante el riesgo de vejez.

7.9. La progresión del derecho a la seguridad social en materia pensional entonces se encuentra estrechamente ligada con un esfuerzo colectivo, que traduce el principio de solidaridad y que se concreta, entre otros, tanto en los subsidios que se otorgan para garantizar las pensiones, como en los que se dan a las clases menos favorecidas para que completen el valor de sus cotizaciones. Y esa solidaridad es inter e intrageneracional justamente porque quienes hoy cotizan pueden llegar a ser subsidiados en el futuro cuando satisfagan sus requisitos pensionales.

7.10. En ese sentido, la disposición demandada tiene por objetivo concretar el principio de solidaridad en el sistema pensional, a la par que es un mecanismo que se utiliza para otorgar un equilibrio al sistema lo que revierte en su sostenibilidad, todo lo cual constituye una finalidad importante, además de ello es adecuada, en tanto lo que se busca al fijar las 50 semanas -que corresponde en los cálculos actuariales a un año- ***es incentivar la permanencia en la cotización, que como se ha insistido es determinante para la ampliación de recursos en el régimen de prima media con prestación definida. Más tiempo cotizando supone más recursos para financiar las obligaciones ya causadas y esto hace que la medida sea adecuada.***

7.11. Por demás ese mecanismo no afecta el reconocimiento de la pensión, por el contrario, incentiva que el valor se aumente, sin que ello comprometa su existencia. En todo caso y dada la finalidad de ampliación de cobertura del derecho fundamental a la seguridad social esa fórmula para aumentar el porcentaje del monto pensional ha sido utilizada de manera constante en el régimen de prima media, incluso antes de que entrara en vigor la Ley 100 de 1993. Así el artículo 16 del Decreto 3041 de 1966 disponía el incremento del 1.2% por cada 50 semanas adicionales a las mínimas; luego el Decreto

186

2879 de 1985 en su artículo 1 contemplaba que se elevaba en un 3% por cada 50 semanas adicionales a las 500 y esta misma prescripción se mantiene en el artículo 20 del Decreto 758 de 1990. También se encontraba en el artículo 34 original de Ley 100 de 1993, al definir que por cada 50 semanas adicionales a las 1000 y hasta las 1200 se incrementaría la pensión en un 2% y de 1200 a 1400 semanas en un 3% hasta llegar al tope del 85%. Entonces, al prescribir el inciso final del artículo 10 de la Ley 797 de 2003 que el aumento porcentual es de 1.5% por cada 50 semanas adicionales a las mínimas puede afirmarse que se ha mantenido la formula, en lo que a ese aspecto atañe.

7.12. La claridad de la disposición y la finalidad que la misma incorpora, tal como se ha explicado, permiten sostener que el legislador no afectó ningún derecho fundamental y que, por el contrario, utiliza ese mecanismo, en atención a su amplio margen de configuración, para hacer viable el régimen de prima media, permitiendo su estabilidad y de ese modo efectivizar la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, su ampliación progresiva a sectores menos favorecidos, que tienen limitación en mantener cotizaciones constantes y por ende que son susceptibles de quedar desprovistos de protección durante la vejez. Es decir, a la par que asegura la sostenibilidad financiera del sistema, promueve los principios de universalidad y solidaridad, sin vulnerar el contenido del artículo 48 constitucional. De allí que el inciso final del artículo 10 de la Ley 797 de 2003 deba declararse exequible.

De las normas citadas, resulta evidente que los perjuicios ocasionados por las AFP por razón de sus acciones u omisiones al momento de la afiliación, los debe asumir la respectiva administradora, de conformidad con las normas vigentes al momento y dispuestas por el estatuto de seguridad social, de las que se advierte no existe ninguna, que genere la obligación de recibir a la demandante cuya afiliación resulta ineficaz, por cuenta de hechos absolutamente ajenos a Colpensiones.

CONCLUSIONES IV.

Por lo expuesto resulta sustentado afirmar: Que Las normas de seguridad social son suficientes para juzgar las pretensiones de ineficacia de la afiliación, deben ser aplicadas conforme a los mandatos del debido proceso en especial las de los principios de inescindibilidad, irretroactividad de la ley, integración y remisión, contenidos en las normas y jurisprudencias citadas; que la ineficacia de la afiliación produce efectos a cargo de quien incurrió con su acción u omisión en la causación de un perjuicio, en este caso a cargo de la respectiva AFP; que no puede atribuirse efecto ni resarcimiento alguno a cargo de un sujeto que no intervino ni en la decisión del afiliado de trasladarse de régimen ni en el acto de afiliación, ni mucho menos en la deficiente información invocada; que resulta trascendente juzgar el acto de afiliación de manera oportuna, ya que el aporte de la cotización en un sistema de reparto simple, cumple su objetivo de contribuir al pago de las pensiones ya causadas, y, hacerlo inoportunamente desfigura el sentido de la contribución, de la solidaridad y de la sostenibilidad financiera del sistema.

Las pruebas que se practicaron dan sustento factico a las conclusiones anteriores en la medida en que demuestran la fecha de afiliación de la demandante y la ausencia de participación de Colpensiones en el acto de traslado, como resulta evidente de los siguientes medios:

Del documento visible a folio 112 reverso, se evidencia que el 16 de febrero de 1998, la demandante se trasladó del RPM al RAIS.

Del interrogatorio de parte, absuelto por la señora AMANDA COSSIO RAMIREZ, se establece que es ingeniera agroindustrial y especialista en gerencia de proyecto. Aseguró que realizó la afiliación al RAIS de manera libre y voluntaria, además que en una reunión que tuvo una duración de aproximadamente 15 o 20 minutos recibió asesoría o información acerca del cambio de régimen pensional: "*sí señor, fue en una asesoría que llegaron a darnos sobre el tema de los beneficios que tenía el fondo sobre los beneficios del seguro*". Así mismo aseguró que para la fecha en que firmo el formulario era consciente del traslado de régimen pensional: "*sí señor, se estaba*

haciendo un traslado, digamos que de una entidad administrada por el gobierno a una entidad que estaba digamos privada (...)"

Por otra parte, el traslado se efectuó en el año 1998, y solo hasta el 2017 (folio 38, 39-44), el demandante se interesó por su situación pensional, lo que da cuenta que la solicitud no se realizó oportunamente y dentro de los plazos previstos, y acceder a las suplicas de traslado al RPM en la actualidad, desfiguraría el sentido de la contribución, de la solidaridad y de la sostenibilidad financiera del sistema.

De las pruebas citadas se establece tanto la fecha de la afiliación de la demandante, como la ausencia de demostración de perjuicios a cargo de Colpensiones, porque ni patrocino su traslado, ni intervino en al acto de afiliación al RAIS.

Por las razones expuestas, se declarara la falta de presupuestos procesales para aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993; y se revocaran las condenas impuestas a Colpensiones, por ser ajena a la decisión de traslado de régimen tomada por el afiliado, ajena a las invocadas deficiencias en el deber de información, y por no participar en acto contractual alguno, que le pueda imponer restituciones de ninguna clase a la luz del artículo 1746 del Código Civil, habida cuenta que el acto de afiliación no tiene carácter contractual y la norma en cita no aplica a la regulación de actos de la seguridad social que tienen regulación propia, sin que pueda acudirse a un estatuto ajeno.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR que, de conformidad con los precedentes jurisprudenciales citados, la seguridad social es un derecho autónomo y las normas de su estatuto contenidas en la ley 100 de 1993 y sus decretos

reglamentarios, regulan íntegramente el acto de afiliación a un régimen pensional, las competencias y sanciones en caso de infracción a la libertad de elección.

SEGUNDO: DECLARAR que, de conformidad con los precedentes jurisprudenciales citados, las normas reguladoras del acto de afiliación deben aplicarse integralmente, sin posibilidad de fraccionarse, ni tomar parte de una y otra para dar paso a una tercera que se ajuste al caso.

TERCERO: DECLARAR que la ineficacia del acto de afiliación a un régimen pensional a causa de la deficiencia en el deber de información debe sujetarse integralmente a lo dispuesto en el artículo 271 de la ley 100 de 1993,

CUARTO: DECLARAR que el deber de información está a cargo de las administradoras de pensiones, en la forma en que se establecido en las normas citadas en los precedentes jurisprudenciales en sus diferentes etapas y, que su aplicación tiene efecto general inmediato y no retroactivo.

QUINTO: DECLARAR que en Colombia coexisten dos regímenes pensionales administrados por sujetos de derecho privado, en el caso de las AFP y público de carácter especial en el caso de Colpensiones, que compiten libremente en la captación de afiliados y son excluyentes.

SEXTO: DECLARAR que no hay presupuestos procesales para dar aplicación a la ineficacia del acto de afiliación demandado, con fundamento en lo preceptuado en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, en virtud de que su aplicación debe hacerse integralmente, atendiendo al principio de inescindibilidad y son las autoridades administrativas allí señaladas las competentes.

SEPTIMO: DECLARAR que el juzgamiento de validez del acto de afiliación y sus consecuencias, debe hacerse a la luz del estatuto de seguridad social contenido en la ley 100 de 1993 y sus modificaciones, en atención al principio de integración normativa.

188

OCTAVO: DECLARAR que el acto de afiliación al sistema pensional nace de una obligación legal, es unilateral de adhesión y sometimiento a las condiciones impuestas por el legislador y a las modificaciones que este imponga en leyes posteriores.

NOVENO: DECLARAR que el acto de afiliación a un régimen pensional no tiene carácter contractual y en consecuencia sus requisitos y efectos no nacen de la voluntad de los sujetos que en el intervienen sino de las disposiciones contenidas en la ley.

DECIMO: DECLARAR que Colpensiones y la AFP PROTECCIÓN S.A. son sujetos de derecho que administran dos regímenes pensionales que coexisten, compiten entre sí, son excluyentes y sus obligaciones son autónomas frente a los actos del afiliado en materia de elección y afiliación libre a cualquiera de los dos.

ONCE: DECLARAR que el acto de afiliación determina la forma de financiamiento de la pensión y no de su monto, razón por la cual no involucra un derecho subjetivo del afiliado sobre este último.

DOCE: DECLARAR que el deber de información está sometido en su contenido a las normas vigentes al momento en que se realizó la afiliación al régimen pensional y no pueden aplicarse normas posteriores, en virtud del principio de irretroactividad de la ley.

TRECE: DECLARAR que cualquier daño que se ocasione al afiliado por incumplimiento en los deberes de la AFP o de sus funcionarios, debe ser resarcidos por estas en atención a lo dispuesto en el Decreto 720 de 1994.

CATORCE: DECLARAR que los efectos legales de la afiliación a un régimen pensional no surgen de acuerdos entre el afiliado y la administradora escogida sino de la ley y, en consecuencia, los mismos no pueden tornarse en perjuicios a cargo de la administradora.

QUINCE: DECLARAR que Colpensiones es ajena al acto de afiliación de la demandante y al deber de información a cargo de las AFP, a la luz de las

normas vigentes para el mes de febrero de 1998, fecha del traslado a ING actualmente PROTECCIÓN S.A. y, no pueden aplicarse las disposiciones posteriores que establecieron la doble asesoría.

EN CONSECUENCIA:

PRIMERO: SE REVOCAN las condenas impuestas a Colpensiones, en razón a que la afiliación del actor al RAIS y cualquier posible perjuicio derivado de la misma, son producto de la voluntad y decisión unilateral de la demandante, que optó por cambiar la forma de financiación de su pensión, sin su intervención; constituyéndose en un hecho ajeno en el que no participó Colpensiones, por lo que ningún perjuicio pudo causar y, en consecuencia, ningún daño debe reparar.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Salvamento de Voto

Última hoja del proceso Proceso Rad. n.° 017-2018-00084-01, promovido por Amanda Cossio Ramírez contra Colpensiones y otro (revoca condenas a COLPENSIONES)

189

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Radicación 17-2018-00084-01

DEMANDANTE: **AMANDA COSSIO RAMÍREZ**
DEMANDADO : **COLPENSIONES Y OTROS**
ASUNTO : **SALVAMENTO DE VOTO**

AUTO

Con el debido respeto, las razones por las cuales discrepo de la decisión tomada por la mayoría de la Sala, están consignadas en la ponencia que anexo a la presente.

En la fecha, 25 de septiembre de 2020.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

190

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 17-2018-00084-01

Bogotá D.C., Treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **AMANDA COSSIO RAMÍREZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PROTECCIÓN SA
ASUNTO : **APELACIÓN COLPENSIONES // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 17° Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de julio de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados del demandante (folios 159 a 161) y la demandada Colpensiones (folio 143 a 145) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 18 de junio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) **AMANDA COSSIO RAMÍREZ,**instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN SA, debidamente sustentada como aparece a folios 5 y 6 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declarativas:

- La ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado por la demandante hacia la AFP Protección SA, al no haberle proporcionado dicha administradora de fondos de pensiones una información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiéndole información sobre los riesgos que debía asumir, así como de las desventajas de vincularse a la AFP, incumpliendo con su deber de buen consejo.
- Que Protección SA incurrió en omisión en el deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones con relación a la comunicación al afiliado de todas las ventajas y desventajas que se tienen en cada uno de los regímenes pensionales.
- Que la demandante debe estar afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

Condenatorias:

- A Protección SA como administradora de pensiones en la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante, a la ineficacia del tránsito al régimen de ahorro individual con solidaridad.
- A Protección SA al traslado de los aportes cotizados en el régimen de ahorro individual a Colpensiones.
- A Colpensiones a aceptar dichos aportes y a registrar a la demandante como su afiliada sin solución de continuidad desde el 8 de enero de 1991.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls. 76 a 95) y Protección SA (fls. 101 a 113), de acuerdo al auto visible a folio 114 Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El **JUZGADO 17° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 10 de julio de 2019. Declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas. Declaró que la vinculación de la señora Amanda Cossio Ramírez al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS, a cargo de Protección SA, fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos. Declaró que la señora Amanda Cossio Ramírez, se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad. Ordenó a Protección SA, como fondo actual de la demandante, trasladar a Colpensiones todos los valores que conformen la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si a ello hubiere lugar, rendimientos etc., tal y como lo dispone el artículo 1746 del C.C. Ordenó a Colpensiones recibir el traslado de fondos a favor de la demandante y convalidarlos en la historia laboral para efecto de la suma de semanas que allí se exigen. Costas a cargo de la demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de $800.000 a cargo de cada una.

Colpensiones apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque el mismo, teniendo en cuenta que dentro del expediente no obra prueba alguna que efectivamente a la demandante se le hubiere hecho incurrir en error, por falta del deber de información por parte de la AFP, así como tampoco por parte de Colpensiones, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento error, fuerza o dolo. Así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes, nota de protesta o anotación alguna que hubiese permitido inferir, con probabilidad de certeza, que hubo alguna inconformidad por parte de la demandante, al contrario, se observa de las documentales obrantes dentro del plenario que la solicitud de traslado se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observación alguna sobre constreñimientos o presiones indebidas. Por otro lado, en el presente caso, la demandante no cumple con ninguno de los requisitos previstos en la sentencia SU-062-2010.

Así mismo, la demandante para el año 1998, esto es, hace 21 años, cuando realizó su traslado, seguramente tenía unas situaciones laborales completamente diferentes a las que hoy tiene, de tal forma que una aproximación por cualquier medio de tipo de cálculo que le hubiesen podido haber hecho no tendría sentido alguno, toda vez que las circunstancias han cambiado actualmente. Finalmente, como quiera que a Colpensiones no se le solicitó el reconocimiento de alguna prestación, no hay razón por la cual deba ser condenada en costas y agencias en derecho, en vista que todas las actuaciones han surgido de la AFP demandada.

Procede la sala a resolver la apelación, además el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP ING SA efectuado por el (la) señor (a) **AMANDA COSSIO RAMÍREZ** el día 16 de febrero de 1998; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Protección SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, solicitó trasladarse a la AFP ING SA, el 16 de febrero de 1998, efectiva a partir del 1 de abril de 1998, posteriormente solicitó trasladarse el 5 de julio de 2001 a la AFP PORVENIR SA, efectiva a partir del 1 de septiembre de 2001, que el 18 de septiembre de 2002 solicitó nuevamente trasladarse a la AFP ING, efectiva a partir del 1 de noviembre de 2002, una vez más, solicitó el 29 de abril de 2003 solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA, efectiva a partir del 1 de junio de 2003. Posteriormente, el 15 de diciembre de 2005 se trasladó a la AFP ING SA, efectiva a partir del 1 de febrero de 2006 y dada la cesión por fusión, quedó afiliada a la AFP PROTECCIÓN SA el 31 de diciembre de 2012 (fls. 112 Vto.)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos del precedente con razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 articulos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

16 de febrero de 1998, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** en su integridad el fallo proferido en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo*.

COSTAS PRIMERA INSTANCIA:
Finalmente el apoderado de la parte demandada (COLPENSIONES) presentó objeción en relación con la condena en costas impuestas en primera instancia.

La sala debe precisar que **no es el recurso de apelación la oportunidad para proponer una objeción de costas**, cuyo decreto definitivo aún no se ha determinado, de conformidad con lo previsto en el art. 366 del C.G.P.

Por lo tanto se desestima la inconformidad con las costas impuestas en primera instancia, aspecto sobre el cual la Sala queda relevada de resolver por las razones anotadas.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA: Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 10 de julio de 2019 por el Juzgado 17° Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310501720180008401)

LORENZO TORRES RUSSY
Salvamento de Voto
(Rad. 11001310501720180008401)

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
(Rad. 11001310501720180008401)
Salvamento de voto