**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

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

Alejandra María Henao Palacio.

Magistrada sustanciadora

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

Discutido y Aprobado según Acta No 008

## I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por las apoderadas de Colpensiones y Porvenir S.A, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá el 01 de septiembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que JAIRO ALBERTO SANTOYO RENDON promoviese contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A, y PROTECCIÓN S.A.

## II. ANTECEDENTES

### 1. HECHOS

En lo que interesa para resolver la instancia, el actor pretende se declare la *"nulidad"* del traslado de régimen que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Protección S.A. Como consecuencia de ello, solicita que las cosas se retrotraigan a su estado anterior y se ordene a Colpensiones tener entre sus afiliados al actor como si nunca se hubiera trasladado.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumenta la presunta falta de información por parte de las demandadas, al momento de efectuarse los correspondientes traslados.

**2. ACTUACIÓN PROCESAL.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**Colpensiones (fls. 62 a 71),** se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir las obligaciones pretendidas, la innominada o genérica.

Expuso que, los afiliados solo pueden trasladarse de régimen una vez cada cinco años, siempre y cuando le falten diez años o más para pensionarse. Así mismo, que el accionante no es beneficiario del régimen de transición y por ello no le son aplicables las previsiones de la sentencia C-789 de 2002, esto es, poder retornar en cualquier tiempo si tiene 15 años servidos al 01 de abril de 1994.

Finalmente indicó que, no es posible tener como prueba para establecer el incumplimiento en el deber de información la proyección pensional, pues para la época del traslado, no se contaba con elementos con los que sí se gozaban al momento de efectuarse tal proyección; que además de lo anterior, el comportamiento de la economía es fluctuante; que el error de derecho no vicia el consentimiento; y que se encuentra prescrito la acción, dado que se contaba con un término de diez años para incoarla, de conformidad con el artículo 2536 del C.C.

Por su parte, la A.F.P. **Protección S.A (fls. 94 a 103),** se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos, y la innominada o genérica.

Expuso que cuenta con personal idóneo para llevar a cabo las asesorías de los afiliados; personas que reciben capacitaciones permanentemente sobre el funcionamiento del RAIS para que puedan brindar una buena asesoría.

Dijo que, no puede hablarse de ventajas o desventajas de los regímenes pensionales, pues ellas van a depender del caso particular, aun así la asesoría brindada al accionante fue totalmente objetiva e integral, se puso de presente los efectos y consecuencias del traslado.

Explicó que, no es dable invertir la carga de la prueba en cabeza del fondo, como quiera que, la situación fáctica del caso es distinta de las que se encuentran plasmadas en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia.

Adicionó que, las nuevas tablas de mortalidad que surgieron con el Decreto 1555 de 2010 y la Resolución 3099 de 2015 cambiaron las fórmulas de cálculo del saldo de una cuenta individual, de modo que, las proyecciones pensionales resultarían distintas.

Indicó que, el accionante firmó de forma libre y voluntaria el formulario de afiliación, en los términos del Decreto 692 de 1994, respetándose su libre elección de régimen conforme a los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993. Además, se informó al actor de temas como la posibilidad de una pensión a una edad anticipada, que con el 110% del capital suficiente para una pensión mínima puede acceder a esta, la garantía de pensión mínima, la posibilidad de adquirir excedentes de libre disponibilidad, el factor herencial del capital acumulado, y las diferencias de los regímenes pensionales.

Finalmente señaló que, el demandante ha estado por más de 20 años en el RAIS; que no puede hablarse de error de hecho, pues al accionante se le brindó toda la información necesaria para la toma de su decisión; que el error de derecho no vicia el consentimiento; que nunca ha ejercido fuerza o presión para que alguna persona se afilie; que las normas jurídicas por regla general son irretroactivas; y que han pasado más de cuatro años desde que se suscribió el formulario de afiliación, por manera que, operó el fenómeno prescriptivo.

Por su parte, la A.F.P **Porvenir S.A (fls. 123 a 129),** se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, y la innominada o genérica.

Dijo que, el demandante tomó una decisión informada y consiente, y en señal de ello, suscribió formulario de afiliación de afiliación de forma libre y voluntaria. Apuntó que los asesores comerciales encargados de promover las afiliaciones reciben permanentemente capacitación a fin de garantizar que se brinde una adecuada orientación y asesoría a los potenciales afiliados; y que son enfáticos en señalar que el RAIS pone en manos del afiliado la decisión respecto de su futuro a través de la planeación y el ahorro.

Indicó que, la Superintendencia Financiera de Colombia mediante Concepto N° 2015123910-022 de 2015 indicó que el deber de asesoría en los términos que los plantea la parte actora únicamente fue previsto cuando se creó el sistema de información al consumidor financiero, esto es, con la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010.

Agregó que, se informó de las modificaciones de la Ley 797 de 2003 a través de la publicación en un diario de circulación nacional como es el tiempo, así como de la posibilidad de retornar al régimen de prima media, lo que no fue utilizado por el actor, y por el contrario con su actuar, ratificó su deseo de estar en el RAIS.

Manifestó que el demandante no hizo uso del derecho de retracto.

Adujo que, con el acto celebrado con el demandante no se contrarió norma imperativa, ni existe causa u objeto ilícito, pues no se estaba frente a persona inmersa en condición de incapacidad, y por el contrario sus condiciones académicas, culturales y sociales le daban suficiente idoneidad y capacidad para entender las consecuencias del traslado de régimen pensional; y que no toda omisión en el deber de informar afecta el consentimiento, por demás que esta obligación debe estar plenamente acreditada y no tener como base meras especulaciones, y debe tener una gran incidencia, pues de lo contrario, a lo sumo generará una nulidad relativa que tendría como consecuencia la rescisión del acto, pero no la pérdida total de efectos del respectivo acto jurídico.

Concluyó expresando que, la carga de la prueba recae en la parte actora; y que no es posible aplicar las sentencias que sobre la materia ha dictado la Corte Suprema de Justicia, ya que, no estamos frente a un caso análogo, pues en ellos, los demandantes eran beneficiarios del régimen de transición, o tenía una expectativa legítima de pensión.

## 3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

***PRIMERO. – DECLARAR*** *la nulidad de la afiliación y traslado del demandante al régimen de ahorro individual, realizada el 18 de julio de 1994 a Protección S.A*

***SEGUNDO. - CONDENAR*** *a Porvenir S.A a trasladar dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, a Colpensiones, los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual del demandante y que hubiere recibido producto de la afiliación del demandante a dicha entidad, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del C.C, sin que haya lugar a que de dichas sumas se realicen descuentos con ocasión de gastos de administración*

***TERCERO. - ORDENAR*** *a Colpensiones a recibir los aportes del accionante en el régimen de prima media por prestación definida administrado por esta entidad, proceda a corregir y actualizar su historia laboral y tener entre sus afiliados al demandante, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático.*
***CUARTO. -*** *Dadas las resultas del juicio NO SE DECLARAN PROBADAS las excepciones propuestas por las convocadas a juicio*

En síntesis, refirió que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia la carga de la prueba de acreditar que se brindó la correspondiente información al afiliado recae en cabeza de los fondos privados, la que debe ser completa y comprensible, así como señalar las ventajas y desventajas del traslado de régimen; deber de información que existe desde la misma creación de la Ley 100 de 1993.

Agregó que no es necesario para que se aplique lo anterior que el demandante sea beneficiario del régimen de transición o que existió un vicio del consentimiento, por demás que cuando la información se brinda de forma incompleta se considera que se induce en error al afiliado.

Dijo que el formulario de afiliación es insuficiente para establecer que se cumplió con el deber de información por parte del fondo privado, ya que, no constituye prueba certera según lo dicho por la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente indicó que, no se encuentra acreditado que, al accionante se le brindó suficiente información para que pudiera elegir el régimen que más le conviniera, por lo que, hay lugar a la ineficacia del traslado, de modo que, se deberán remitir los correspondientes aportes y rendimientos; y que no opera prescripción por cuanto lo que se requiere es un derecho conexo a la seguridad social.

## 4. APELACIÓN

**Porvenir S.A.** Señaló que se generó una condena en costas, empero, la información que se brindó al demandante fue completamente clara y comprensible a la luz de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, empero fue Protección quien realizó el traslado de régimen, sin que se conozca la manera como se realizó la asesoría. Además, la Ley 100 de 1993 establece que no se puede generar ningún tipo de rechazo o de discriminación, por lo que, no era dable rechazarlo.

Indicó que, el 3% del aporte se destina a gastos de administración para los riesgos de invalidez y muerte, lo que no forma parte de la pensión, son dineros que permite su descuento la ley, motivo por el que frente a ellos se debe declarar su prescripción.

Agregó que, la Superintendencia Financiera en Concepto del 17 de enero de 2000 dijo que en caso de ineficacia no establece que se deba devolver los gastos de administración, pues con ello se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa.

Expresó que, el demandante tuvo diferentes afiliaciones, donde él firma cinco formularios de afiliación, no puede ser dable que ninguno de ellos hubiera dado una asesoría completa, pues por el contrario esto lo único que demuestra es que fue voluntad del accionante permanecer en el RAIS, durando allí más de 25 años.

Finalmente adujo que, no es posible declarar una nulidad, en la medida que, el acto no contiene una causa u objeto ilícito, ni el consentimiento estuvo viciado de error, fuerza y dolo, y el accionante firmó el formulario de afiliación como una persona plenamente capaz.

**Colpensiones.** Indicó que, para la fecha en que se solicitó el traslado el demandante le faltaban más de 10 años para cumplir el requisito de edad de la pensión de vejez en el régimen de prima media, conforme a la sentencia C-1024 de 2004.

Expuso que, no hay prueba alguna de la que se pueda establecer que se está en presencia de un vicio del consentimiento, pues estamos frente a un error en un punto de derecho, por demás que, no se avizora un error dirimente del acto.

Dijo que, frente a la carga de la prueba la Corte Suprema de Justicia no analiza quien es el acreedor y quien es el deudor, pues solo invierte a las partes hasta que se está por pensionarse el afiliado, por lo que en tal entender se debe aplicar el artículo 167 del C.G.P.

Enunció que, el accionante no informó los motivos del engaño ni por qué se sintió así.

Finalmente adujo que, conforme criterio del Tribunal Superior de Bogotá por cuanto la afiliación al RAIS es un hecho que deriva de la propia voluntad del afiliado, por lo que, ningún perjuicio pudo causar Colpensiones, es un hecho ajeno a la entidad, de modo que, deben ser las AFP las que deben reparar el daño; que se debe condicionar el cumplimiento de la condena por todos los valores tales como, aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, y a los que hubiere lugar debidamente indexados, pues no se puede dar cumplimiento; y que no debe existir condena en costas, como quiera que no participo en el acto de afiliación, y es una tercera ajena al daño que se causó.

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

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 18 de enero de 2021, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

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

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

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

## III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que **problema jurídico** se circunscribe a determinar, si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

**De la ineficacia del traslado**

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

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

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe

decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

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

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

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

| Etapa acumulativa | Normas que obligan a las administradoras de pensiones información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|---|---|---|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br><br>Decreto 2241 de 2010 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |

| | | |
|---|---|---|
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n. 0 016 de 2016 | Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no*

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

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

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

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

*En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.*

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

*Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada*

*no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.*

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

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

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

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

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

**EL CASO CONCRETO**

Se encuentra probado en el expediente que: i) la activa realizó cotizaciones al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del entonces I.S.S., desde el día 16 de enero de 1979 (fls. 23 a 26); ii) que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Protección el día 18 de julio de 1994, y que posteriormente se trasladó a la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías (hoy Porvenir S.A), ING Pensiones y Cesantías (hoy Protección S.A), Porvenir S.A., y retorno a la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías, según da cuenta la certificaciones de ASOFONDOS,

el formulario de afiliación a Porvenir S.A. y a Horizonte Pensiones y Cesantías obrantes a folios 107, 132, 134, y 135 ; y iii) que solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el día **30 de agosto de 2018 (fl.15)**.

De otro lado, a folio 104 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 18 de julio de 1994 con la AFP Protección S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado*[1]

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose Protección S.A y Porvenir S.A. en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio, ya que, si bien el actor en su interrogatorio de parte manifestó que el asesor de Protección S.A comentó sobre algunas de las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, especialmente la posibilidad de pensionarse con una mesada semejante o mejor en contraste con el régimen de prima media, esto es insuficiente para tener por confeso al demandante y en consecuencia considerar que se acreditó el deber de información, dado que no se encuentra que se le hubiera explicado la forma como podría acceder a tal beneficio ni mucho menos las desventajas que le acarrearía trasladarse de régimen.

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

**En cuanto a que el demandante debía conocer la ley** o en otras palabras que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, dicho principio del derecho no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple

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

argumentando la negligencia de la actora al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular.

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

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

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

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

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

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

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

Por las razones anteriormente expuestas la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo, por lo que la CONFIRMARÁ, aunque conforme lo que se acaba de indicar es desacertado hablar de nulidad del traslado, motivo por el que se hace necesario **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de declarar **la ineficacia del traslado**.

Frente a la inconformidad de la Colpensiones con la decisión del A Qúo, que dictaminó que no habría lugar a que en las sumas incluidas se tengan en cuenta los gastos de administración, debe decirse que le asiste razón, pues en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los gastos de administración que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, motivos por los que en el punto se **MODIFICARÁ PARCIALMENTE el numeral segundo** de la sentencia, pues en ella se dijo "sin que haya lugar a que de dichas sumas se realicen descuentos con ocasión de gastos de administración", para en su lugar incluir los gastos de administración debidamente indexados.

Al punto, se aclara que se ordena la indexación de las cuotas de administración, pues ello se encuentra acorde a lo dispuesto en la sentencia SL1689-2019, en la que se dispuso igual condena, no siendo así con los aportes, como quiera que, al reconocerse el traslado de los rendimientos,

estos tienen inmersos la valorización de los aportes y por el ende el mantenimiento de su poder adquisitivo.

De esta manera, es claro que la declaratoria de ineficacia de traslado genera a cargo de todas las entidades involucradas el deber de reintegrar los correspondientes valores que percibieron como cuotas de administración y comisiones, por lo que, en tal sentido se considera acertada la decisión del Juez de Primera Instancia.

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

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción"*.

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

**Costas**

El artículo 365 del CGP establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, como lo fue en este caso Porvenir S.A y Colpensiones, por lo que las de primera instancia se confirmarán.

## IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

## V. DECISIÓN

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

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

**PRIMERO**. - **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia en el sentido de establecer que se DECLARA LA INEFICACIA de la afiliación del régimen pensional, realizada por Jairo Alberto Santoyo Rendón, a través de Protección S.A.

**SEGUNDO**. – **MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral segundo** de la sentencia en el sentido de ORDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A a que también traslade a Colpensiones, los correspondientes gastos de administración debidamente indexados.

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

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

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

Los Magistrados,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**DAVID A.J. CORREA STEER**
Aclaro Voto

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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**
Magistrada Sustanciadora.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 008

## I. AUTO

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

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

**TERCERO:** Reconózcase personería a la doctora DANIELA PALACIO VARONA identificada con C.C. No. 1.019.132.452 y T.P. No. 353.307 del C.S. de la J., como apoderada sustituta de Porvenir S.A.

## II. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segundade Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los (as) apoderados (as) de las demandadas **PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES**, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de esta última la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de agosto de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que HERNANDO MANUEL SALAS JIMÉNEZ promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD

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

## III. ANTECEDENTES

### 1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la "nulidad" de la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes junto con sus rendimientos, así como a esta última a activar la afiliación del demandante.

### 2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**COLPENSIONES**, (fls. 74-91) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la innominada o genérica.

Aduce que, el accionante se encuentra próximo a adquirir la edad mínima requerida para pensionarse, por lo cual, se encuentra en la prohibición de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, y por ello no es posible efectuar el traslado de régimen.

Menciona que conforme la sentencia SU 130 de 2013 de la Corte Constitucional, la única condición prevista que no exige un límite de tiempo a efectos de solicitar el traslado de régimen, es que el afiliado acredite que es beneficiario del régimen de transición al haber efectuado cotizaciones por 15 años con anterioridad al 1° de abril de 1994, pero de la historia laboral del demandante se extracta que no era beneficiario del régimen de transición, ni por edad ni por semanas, por lo que no tenía una expectativa pensional, sin que se afectaran derechos adquiridos.

**PORVENIR S.A.,** (fls. 102-122) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

En resumen, adujo que la solicitud de nulidad de traslado resulta improcedente por cuanto la afiliación del demandante no contiene vicios

del consentimiento y por el contrario están dados los requisitos de ley para su validez.

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

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

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

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

## 3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La ***A quo*** dictó sentencia condenatoria:

*"**PRIMERO:** Declarar la ineficacia de la afiliación que hiciere el demandante Hernando Manuel Salas Jiménez al régimen de ahorro individual con solidaridad que en su caso administra Porvenir S.A., para tenerlo como válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.*

***SEGUNDO:** Condenar a Porvenir a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con todos los rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración.*

***TERCERO:** Ordenar a Colpensiones a aceptar el traslado del demandante. (...)"*

Para fundamentar su decisión, se apoyó en sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como la SL 17595 de 2017 y la 68852 de 2019, en las que se expuso que los fondos privados tienen una responsabilidad de carácter profesional, pues el cambio de régimen acarrea ciertas consecuencias, las cuales deben explicársele al afiliado, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Así mismo precisó que conforme la jurisprudencia del órgano de cierre, cuando el afiliado, como ocurre en este caso, indica que no se le otorgó la debida información, la carga de la prueba se invierte a cargo del fondo y le corresponde entonces a este, demostrar que sí le brindo la debida información al momento de la afiliación, pero que, con las pruebas allegadas al plenario no se logró probar que Porvenir S.A. le hubiera otorgado al demandante la debida información, y que, si bien se acreditó que firmó un formulario de afiliación ello no es suficiente, pues su firma a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.

Por lo anterior, el A Quo le ordena a PORVENIR S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido como consecuencia de su afiliación con sus frutos e intereses como lo dispone el art 1746 del CC, esto es con los rendimientos que se hubieren causado, bonos pensionales y gastos de administración que le corresponde, pues conforme la sentencia SL 17595 de 2017.

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

## 4. APELACIÓN

**PORVENIR S.A.**

Adujo que debe tenerse en cuenta que el demandante suscribió formulario de afiliación a dicha entidad el 21 de noviembre de 1997 de manera libre y voluntaria y que esa manifestación de voluntad por él expresada no es un mero requisito formal, sino es la voluntad inequívoca de permanecer en el RAIS, tanto así, que efectuó traslados horizontales.

Expuso que dicho formulario de traslado cumple con los requisitos señalados en el art 11 del Decreto 692 de 1994, norma que permite que la manifestación de voluntad se realizara mediante formatos preimpresos, máxime cuando en el presente caso ese documento cumple con los

presupuestos vigentes para dicha época y por el cual se constata que se hizo de manera libre y sin presiones.

Indicó que las circunstancias del traslado deben ser analizadas para el momento que se efectúa el mismo y en este caso, se le están imponiendo a Porvenir S.A. cargas u obligaciones que no se encontraban vigentes para el año de 1997, más aún cuando esa entidad cumplió con lo dispuesto en el Decreto 663 de 1993 en cuanto a brindar información clara y transparente respecto del RAIS, tal y como lo manifestó el demandante al rendir su interrogatorio de parte.

Refirió que debe tenerse en cuenta que, además del consentimiento, el demandante es una persona capaz y en ningún momento se presentó ningún vicio, cumpliendo así con lo dispuesto en el art 1502 del Código Civil, que el juzgado de primer grado puso toda la carga de la información en cabeza Porvenir S.A., cuando el demandante, como consumidor financiero, también tenía unas obligaciones a su cargo, tales como informarse sobre el sistema general de pensiones y las implicaciones de su traslado, lo cual no se cumplió en su totalidad, pese a que en el interrogatorio de parte del demandante, se evidencia que conoce el RAIS y conoce el sistema de pensiones.

Expone que, lo que motiva el traslado de régimen pensional del actor no es un engaño al momento del traslado de régimen, sino el monto de su pensión, lo cual quedó claro con la manifestación efectuada en el interrogatorio de parte, circunstancia que no puede conllevar de ninguna manera a que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Considera que, en caso de que se confirme la sentencia de primer grado, no hay lugar a devolver lo relacionado con gastos de administración en la medida en que esa entidad cumplió con las obligaciones que estaban a su cargo, es decir realizó una gestión correcta respecto de los aportes del demandante, lo cual le generó unos rendimientos.

En cuanto a los seguros previsionales destinados a invalidez y sobrevivencia, indica que si el demandante hubiese estado afiliado al RPM, de acuerdo con el artículo 20 de la ley 100 de 1993, una parte de sus aportes también se hubiese destinado a ello, además, debe tenerse en cuenta que Porvenir S.A. cumplió con la gestión correspondiente, estos dineros fueron trasladados a las respectivas aseguradoras y el demandante estuvo asegurado durante toda su vinculación por tal razón no hay lugar a la devolución de dichos dineros.

Expone que, en cuanto a la prescripción, esta sí aplica, especialmente respecto de gastos de administración o seguros previsionales pues ellos no tienen ninguna relación directa con el derecho pensional, además, que el desconocimiento de la ley de ninguna manera sirve de excusa.

Finaliza indicando que no se comparte la aplicación del artículo 271 la ley 100 de 1993 en la medida que dicha norma no establece la ineficacia del traslado de régimen pensional, sino es una norma de carácter sancionatorio a la que no habría lugar a su aplicación en este caso.

**COLPENSIONES**

Expuso que la afiliación no es un acto unilateral, sino que esta conlleva derechos y obligaciones para las partes contratantes y que, si bien el acto de traslado impone el deber de información suficiente de parte de las administradoras, que en este caso si se cumplió, no exonera al afiliado del deber de ilustrarse suficientemente de la escogencia de su régimen pensional, tal y como se dispuso en la sentencia SL 1452 de 2019, máxime cuando, conforme el artículo 1602 del Código Civil el contrato es ley para las partes.

Explicó que en la fecha del traslado del demandante del R.P.M al R.A.I.S en el año 1997, sí se le indicaron de manera verbal los beneficios del R.A.I.S y así lo dijo en el interrogatorio de parte, además, a partir de esa fecha este ha venido gozando de dichos beneficios, por lo que ahora no puede pretender retornar al R.P.M y gozar de otros beneficios que le ofrece este régimen, más aún, cuando con dicho medio probatorio es claro que el demandante tenía claras las diferencias entre uno y otro régimen, ratificando dicha escogencia en el año 2008, cuando se cambió de fondo privado de pensiones de Porvenir S.A. a Skandia hoy Old Mutual y retornando a la primera entidad al considerar que los beneficios era mayores.

Finalmente adujo que no se puede alegar en este caso una falta de información o un desconocimiento de la ley, que el demandante se encuentra incurso en la prohibición legal de que trata el art 2 de la ley 797 de 2003 y que el ordenar el traslado solicitado afecta el principio de sostenibilidad financiera.

**5. Actuación Procesal en Segunda Instancia**

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

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

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de

lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar los recursos.

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

## IV. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el problema **jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

### DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

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

| Etapa acumulativa | Normas que obligan a las administradoras de pensiones información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|---|---|---|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo | 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 |

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

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

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

*Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala*

*considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:*

*En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.*

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

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

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

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

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

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

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.
12

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

**EL CASO EN CONCRETO**

En el expediente está probado que la activa i) se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 03/11/1980(fl 86-89); ii) que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 21/11/1997 (fl 31 y 112) a través de la A.F. PORVENIR S.A.; y iv) que solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

A A folio 31 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 21 de noviembre de 1997 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *"la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de*

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

*información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado."*[3]

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

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

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

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

> *"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/ 1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*
>
> *Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*
>
> *Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano*

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

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

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

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

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

Frente a la inconformidad del demandado apelante Porvenir S.A. respecto de la orden de devolución de cuotas o gastos de administración que ordenó efectuar la A Quo, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

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

*"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben*

*retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

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

Frente a la afectación del principio de sostenibilidad financiera argüido por Colpensiones en su recurso, la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

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

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

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

Por lo anterior, no le existe razón a la A.F.P recurrente al considerar que se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e

intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Ahora bien, en cuanto al tema de ratificación del acto de traslado por cambio de administradoras del R.A.I.S, desde la sentencia con radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, el máximo órgano de la jurisdicción laboral señaló que la actuación viciada de traslado entre regímenes no se convalida por los traslados entre administradoras del RAIS, pues ello no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen.

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

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción"*.

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

## V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

## VI. DECISIÓN

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

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

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

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

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

Los Magistrados,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**DAVID A.J. CORREA STEER**
Aclara Voto!

Código Único de Identificación: 11001310500420190021801
Demandante: **JOSUE RICARDO SACHICA LEGUIZAMON**
Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A Y PORVENIR S.A**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**
Magistrada Sustanciadora.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 008

## I. AUTO

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

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

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

## II. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los (as) apoderados (as) de las demandadas **PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES**, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de esta última la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, el 24 de junio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que JOSUE RICARDO SÁCHICA LEGUIZAMON promoviese contra la ADMINISTRADORA

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

## III. ANTECEDENTES

### 1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la "nulidad" de la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Santander (hoy Protección S.A.), así como la efectuada a la AFP Horizonte (hoy Porvenir S.A).

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, sin lugar a descuento alguno por concepto de manejo de la cuenta.

### 2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**COLPENSIONES**, (fls. 83-111) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, entre otras, la de prescripción.

Aduce que, el accionante se encuentra próximo a adquirir la edad mínima requerida para pensionarse, por lo cual, se encuentra en la prohibición de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que no es posible efectuar el traslado de régimen.

Menciona que el traslado efectuado por el actor a los fondos privados, se realizó de manera libre y voluntaria, por lo que es necesario que el accionante pruebe que le fue brindada una información sesgada, sin advertirle los riesgos entre uno y otro régimen para el momento de la suscripción del formulario de afiliación.

Expone que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y tampoco contaba con una expectativa legítima por lo que la posible falta de información en la que pudo incurrir el fondo de pensiones no logra tener la identidad suficiente para configurar el engaño que invalide el cambio de régimen.

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

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.,** (fls. 128-153) se opuso a las pretensiones de la demanda proponiendo las excepciones que consideraba tener a su favor, incluida la de prescripción.

Adujo que, con el formulario de afiliación suscrito por el demandante el 9/02/2005 se evidencia que la decisión allí tomada lo fue de manera libre, voluntaria e informada, documento que se ajusta a la Ley y contiene la información requerida para el efecto.

Resalta que en el presente caso no puede hablarse de un vicio representado en la fuerza o dolo, pues ello debe ser demostrado, además, el artículo 1509 del Código Civil establece con claridad que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, razón por la cual, por disposición legal, no puede darse cabida a una nulidad por causa de un vicio del consentimiento.

Menciona que, si en gracia de discusión se llegara a la conclusión de que la vinculación del demandante a esa entidad ocurrió por algún vicio del consentimiento, cualquier declaración de nulidad frente al mismo estaría prescrita conforme lo dispone el artículo 1750 del Código Civil.

**PORVENIR S.A.,** (fls. 155-189) se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideró tener a su favor, entre ellas la de prescripción.

En resumen, adujo, que resultaba forzoso acreditar, en el presente asunto, que el acto jurídico del traslado tuviera un objeto o causa ilícita, que el afiliado era un incapaz absoluto al momento de realizar el traslado, por cuanto en los demás casos cualquier eventual irregularidad sería denominada como relativa.

Indica que, conforme a lo anterior solo podría operar una nulidad relativa, la cual es susceptible de ratificación, tal y como aconteció en el presente asunto, pues la construcción de la prestación pensional opera de tracto sucesivo, mediante el pago de aportes mensuales y en este caso el actor lo hizo por cerca de 15 años, en los cuales, adicionalmente contó con amplios términos para retornar la Régimen de Prima Media.

Menciona que en este caso, no están configurados los supuestos de hecho que exige el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 para su aplicación, además, que la parte demandante suscribió la solicitud de vinculación, que es un documento público, en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 y el cual, se presume autentico en los términos de los artículos 242 y 244 del CGP y 54 del CPTSS.

## 3. SENTENCIA APELADA

La ***A quo*** dictó sentencia condenatoria:

*"**PRIMERO:** Declarar la ineficacia de la afiliación que hiciere el demandante Josué Ricardo Sáchica Leguizamón al régimen de ahorro individual con solidaridad que en su caso administra Protección S.A., para tenerlo como válidamente afiliado a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.*

***SEGUNDO:** Condenar a Porvenir a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con todos los rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración correspondientes.*

***TERCERO:** Ordenar a Colpensiones a aceptar el traslado del demandante al régimen de prima media. (...)"*

En síntesis, trajo a colación lo establecido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citando la sentencia con radicado SL17595 de 2017, en donde indicó que la responsabilidad de las Administradoras de Pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las mismas tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, pues se debía diferenciar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad, aclarando que cuando se hace referencia a un afiliado lego ello no se relaciona con la instrucción profesional o la profesión que el afiliado tenga sino con los conocimientos amplios que tenga respecto de la materia pensional o los sistemas generales de pensiones.

Así explicó que, como el actor señaló en su demanda que no se le otorgó la información suficiente, se invirtió la carga de la prueba a su favor, como lo expuso la mencionada Corporación en la sentencia con radicado 68852 del 2019, y es por ello, que le correspondía a la contraparte demostrar que sí brindó dicha información, situación que concluyó, no se acreditó, en tanto, atendiendo las pruebas recaudadas, no se puede colegir que la AFP Protección S.A., para el año 2005 hubiere brindado al demandante la información suficiente y con las características tantas veces mencionadas por la Corte Suprema de Justicia.

Por lo anterior, ordena al último fondo al que se encuentra afiliado el accionante, a devolver todos los valores que hubiere recibido como consecuencia de su afiliación con sus frutos e intereses como lo dispone el art 1746 del CC, esto es con los rendimientos que se hubieren causado, bonos pensionales y gastos de administración que le corresponde, pues conforme la sentencia SL 17595 de 2017, la devolución de los gastos de administración es una de las consecuencias que acarreaba la ineficacia del traslado.

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

**4. APELACIÓN**

**PORVENIR S.A.**

Adujo que el juzgado de primer grado no declara la nulidad por no encontrar demostrado ningún vicio del consentimiento, sin embargo, indica, que a una ineficacia de pleno derecho le da consecuencias de una nulidad absoluta, usando como fundamento el artículo 1746 del Código Civil, artículo que habla de restituciones mutuas, esta norma no habla que la parte vencida en juicio deba restituir, sino que habla de las partes.

Expuso que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha manifestado indicando que, si alguna de las partes se beneficia de los frutos e intereses civiles que se generen, la parte que se beneficie tendrá la obligación de restituir esos frutos, y los rendimientos financieros sobre la cuenta de ahorro individual del demandante lo van a beneficiar, por lo que conforme el referido artículo 1746 del CC debía de haber una restitución mutua.

Finalmente afirmó que, si se está frente a una ineficacia de pleno derecho, debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 que indica cuales son los elementos que deben ser restituidos, sin que en ningún aparte se señale que deban ser restituidos los gastos de administración.

Por su parte **COLPENSIONES** solicitó se tenga en cuenta que el acto o negocio jurídico de la afiliación no es un acto unilateral y que tanto el afiliado como la AFP tengan obligaciones, siendo claro que para el momento del traslado la AFP brindó la información necesaria, máxime cuando del interrogatorio de parte rendido por el demandante se evidencia que este no

cumplió con su carga, deber o con la diligencia de asesorarse al momento de hacer su traslado.

Afirmó que la condena impuesta conduce a que se atente al principio de la relatividad de los negocios jurídicos en atención a que debido a la voluntad de traslado consiente trae consecuencias jurídicas a Colpensiones, además se atenta contra el principio de sostenibilidad financiera ya que al ordenar este tipo de traslados se descapitaliza el fondo común y se afecta a los afiliados que han venido habiendo aportes a este.

**5. Actuación Procesal en Segunda Instancia**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 13 de octubre de 2020, se admiten los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 18 de enero del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados del demandante, Colpensiones y Porvenir S.A., quienes reiteraron lo expuesto en la demanda y contestaciones, así como en el recurso interpuesto.

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

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

## IV. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

**DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO**

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

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

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

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

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

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

| Etapa acumulativa | Normas que obligan a las administradoras de pensiones información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|---|---|---|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br><br>Decreto 2241 de 2010 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le |

| | | |
|---|---|---|
| | | conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Articulo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n. 0 016 de 2016 | Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

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

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

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

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la

posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003 por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

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

> *2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado*
>
> *Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre U voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*
>
> *Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.*
>
> *Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que*

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

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

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

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

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

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

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

*En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.*

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

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

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

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

*De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al*

> *afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.*
>
> *Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."*

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

12

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

**EL CASO EN CONCRETO:**

En el expediente está probado que la activa i) se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 12/08/1974 (fl 28 y 101); ii) que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 09 de febrero de 2005 a través de la A.F.P HORIZONTE S.A (hoy Protección S.A.) (fl 136); iii) que posteriormente se trasladó dentro del mismo régimen al fondo de pensiones PORVENIR S.A. el día 19/02/2010 (fls. 186) iv) que el día 14/06/2018 (fl 38) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

A folio 136 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 09 de febrero de 2005 con la AFP Horizonte S.A. (hoy Protección S.A.), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales "*la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.*"[3]

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

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

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

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

> *"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status*

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

*quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

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

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

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

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

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

Frente a la inconformidad del demandado apelante PORVENIR S.A. respecto de la orden de devolución de cuotas o gastos de administración que ordenó efectuar la A Quo, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el*

*artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

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

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

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

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

Frente a la afectación del principio de sostenibilidad financiera argüido por Colpensiones en su recurso, la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

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

*"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las*

*cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*

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

Por lo anterior, no le existe razón a la recurrente al considerar que se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP'S tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

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

## V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

## VI. DECISIÓN

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

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

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

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

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

Los Magistrados,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**DAVID A.J. CORREA STEER**

Aclaro Voto!

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**

Magistrada Sustanciadora.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 008

## I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de febrero de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que JAIME MATEUS BRAVO promoviese contra la ADMINSTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

## II. ANTECEDENTES

### 1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda, la activa aspira a que se declare su derecho a la reliquidación de la pensión de vejez aplicando para ello el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, con una tasa de reemplazo correspondiente al 80% del IBL, y a que ello sea así desde el reconocimiento de la pensión de vejez, junto con los reajustes legales que se generen sobre la reliquidación y la indexación de las sumas que se generen por dichos conceptos.

Como fundamento de las pretensiones la activa argumentó, en síntesis, que mediante Resolución GNR 55448 del 20 de febrero de 2017 le fue reconocida pensión de vejez, tomando como ingreso base de liquidación -IBL - la suma de $7.379.907 y aplicando una tasa de reemplazo de 75.50%, al tener una densidad de 2.225,57 semanas de cotización, de las cuales 921 son adicionales a las 1300 mínimas, por lo que está inmerso en los presupuestos contenidos en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

**2. RESPUESTA A LA DEMANDA**

**COLPENSIONES (fls. 34-60)**

Se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó inexistencia de la obligación, inexistencia del cobro de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, improcedencia de la indexación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

En su defensa expuso que, el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 establece que el monto mensual de la pensión corresponde al número de semanas mínimas de cotización requeridas y será el equivalente al 65% del ingreso base de liquidación; además, que a partir del 2005 por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en 1.5% del IBL, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80% y el 70.5% en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización.

Menciona que, para el caso concreto, la entidad tomó en cuenta la totalidad de semanas adicionales a las 1.300 requeridas por la norma vigente.

Adujo que el IBL se obtiene de dividir el valor del salario mínimo legal vigente para el año 2017 ($737.717), el resultado se multiplica por 0.5 y al producto de la operación se le resta 65.5.

Expone que, en el presente asunto el demandante tiene un total de 925 semanas adicionales a las 1.300 y por cada 50 semanas adicionales, el porcentaje del 15% se incrementa un 1.5%, que 575 semanas / 50 semanas adicionales= 18.5, que este no puede ser mayor al 15%, más el 60.49%, da una tasa de reemplazo de 75.49%, de lo cual se desprende que la pensión de vejez otorgada al demandante, se encuentra debidamente liquidada en aplicación de la normatividad vigente.

**3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

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

Para adoptar tal determinación, la Juez de primer grado indicó que Colpensiones reconoció a favor del actor pensión de vejez mediante Resolución GNR 55448 del 20 de febrero de 2017 partir del 1° de marzo del mismo año en cuantía inicial de $5.571.830 en aplicación de lo previsto por la ley 797 del 2003 y que esa liquidación se basó en el IBL #1 que corresponde a la suma de $7.374.709 que resulta ser lo cotizado durante los últimos 10 años, que es más favorable al IBL #2 de $5.166.533 que corresponde a lo cotizado durante toda la vida laboral, liquidación que se determinó con una tasa de reemplazo de 75.50% y 1550 días.

De otro lado, mencionó que Colpensiones reliquidó la pensión de vejez por resolución SUB 41606 el 16 de enero del 2018 a partir del 1° de marzo 2017 en cuantía de $5.805.990 en aplicación de la ley 797 del 2003 con sujeción a una tasa de reemplazo del 75.49%, siendo el IBL #1 de $7.388.868, que corresponde a lo devengado durante los últimos 10 años más favorable al IBL # 2 de $5.158.533 que corresponde al promedio de lo devengado durante toda la vida laboral del accionante y esta se basó en 1580 semanas.

Encontró que, efectuado el actual cálculo de la pensión de conformidad con lo previsto en el artículo 21 la ley 100 de 1993 en concordancia con lo regulado por el artículo 34 de la misma, modificado por la ley 797 del 2003 artículo 10, este arroja una cuantía inicial de $5.257.816 a partir del 1° de marzo del 2017 con sujeción a lo cotizado por el accionante durante los últimos 10 años, valor que resulta inferior a la mesada pensional que calculó Colpensiones por resolución SUB 41606 el 16 de enero del 2018 correspondiente a lo devengado durante los últimos 10 años e igualmente desfavorable con el cálculo realizado con lo cotizado durante toda la vida laboral.

Aclaró que el cálculo que se anexa a la sentencia de primer grado, dio como resultado la aplicación de una tasa de reemplazo del 71.23%, inferior a la que tuvo en cuenta Colpensiones.

**4. Actuación Procesal en Segunda Instancia:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de septiembre de 2020, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar mediante proveído del 27 de octubre de 2020, el que fue utilizado por la apoderada de Colpensiones, quien reitero lo expuesto en su contestación.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas al trabajador, afiliado o beneficiario, se verificará la sentencia de primer grado.

## III. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior, la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si es procedente ordenar la reliquidación de la pensión de vejez del demandante aplicando un monto del 80% en aplicación a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 797 de 1993 y

de ser así, determinar si hay lugar a la reliquidación de las mesadas adicionales, al pago de los reajustes legales y la indexación de todos los conceptos solicitados.

**Del ingreso base de liquidación**

El ingreso base de liquidación, representa el valor al que se le ha de aplicar la tasa de reemplazo, por corresponder al promedio de las sumas actualizadas sobre las cuales se han hecho los aportes al sistema de pensiones. Dicho factor determinante del valor de las mesadas pensionales no hace parte del régimen de transición y, por tanto, debe ser obtenido según las previsiones de la Ley 100 de 1993.

Para tal propósito se tiene dispuesto como regla general en el artículo 21 ibídem, que el ingreso base de liquidación es el equivalente al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión. Pero, a la vez, existe el derecho a optar por utilizar el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, para aquellos que hubiesen cotizado un mínimo de 1.250 semanas.

En otras palabras, el IBL está conformado por el promedio de los salarios sobre los cuales se hicieron las cotizaciones a pensión, debidamente actualizados con el IPC.

Ahora bien, una vez identificado el IBL sobre el cual se debe calcular una prestación, lo que corresponde es definir el monto o tasa de remplazo que se tendrá en cuenta para el cálculo de la mesada pensional.

**Del monto de la pensión de vejez**

Para el efecto señalado en líneas anteriores, el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 10. El artículo 34 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

"Artículo 34. **Monto de la Pensión de Vejez.** El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:
r = 65.50 - 0.50 s, donde:
r =porcentaje del ingreso de liquidación.
s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

**A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima**."

**EL CASO CONCRETO**

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

i) Que al demandante le fue reconocida una pensión de vejez por parte de la demandada mediante Resolución NoGNR . 55448 del 20/02/2017. Dicha prestación se reconoció a partir del día 01/03/2017 en cuantía mensual de $5.571.830 según se ve en la documental de fl 25-29 y el cd obrante a fl. 60.

ii) Que posteriormente, mediante Resolución No SUB 41606 del 16/02/2018 la pasiva decidió reliquidar la pensión de vejez del demandante, oportunidad en la cual asignó una mesada pensional de $5.805.990 a partir del 01/03/2017 (fl 10-13).

iii) Que el IBL del demandante es de **$7.388.868**, siendo este el más favorable.

iv) Que el demandante cotizó un total de 2.225 semanas al Sistema General de Pensiones, conforme la Resolución SUB 41606, fls 10-13

Pues bien. Atendiendo a los hechos que no son objeto de controversia en el proceso, debe resolver la Sala, si tiene derecho el demandante a que a su pensión de vejez le sea aplicado un monto del 80% del IBL, por acreditar las semanas exigidas para tal propósito.

Lo primero por precisar es que, al no ser objeto de controversia, se tomará como ingreso base de liquidación, para efectuar los cálculos de rigor, el establecido en la Resolución SUB 41606 del 16 de febrero de 2018 (fls. 10-13 y 60) que fue de **$7.388.868** .

Al aplicar la fórmula contenida en el art. 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, esto es: *(R=65.50-0.50s), donde: R= porcentaje del ingreso de liquidación y S= número de salarios mínimos legales mensuales vigentes* se tiene lo siguiente:

IBL: $7.388.868 que se divide entre el valor del salario mínimo para el año 2017 (calenda en que fue reconocida la pensión), el cual correspondía a la suma de $737.717, lo que arroja un valor de 10.02 para "S", así:

$7.388.868 = **10,02**
$737.717

Al aplicar la fórmula indicada en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, se tiene entonces que:

R= 65.50 – (0.50*10.02)
R= 65.50 – 5.01
**R= 60.48%**

Ahora bien, como el demandante cotizó un número de semanas superior al requerido para obtener la pensión, se deben sumar los porcentajes adicionales por semanas cotizadas que establece el inciso 6° del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, es decir, en **1.5% por cada 50 semanas**

**adicionales** y teniendo en cuenta que las semanas adicionales a las mínimas requeridas cotizadas por el actor fueron **925**, el porcentaje adicional a aplicar, en principio sería de **27.75%.**

Así las cosas, al sumar **60.48% más 27.75%** tal operación arroja un total de **88.23%** como porcentaje del IBL para calcular el monto de la pensión del demandante, empero, como la misma ley establece un tope máximo de este porcentaje, esto es **80%,** el actor tiene derecho a que se tenga como tal el porcentaje para calcular su pensión de vejez.

Así las cosas, encuentra la Sala que el juez de primera instancia erró de forma crasa al resolver la litis encausando el asunto jurídico al tema de la reliquidación del IBL, por cuanto las pretensiones de la demanda en forma clara aspiraban a que se reliquidara **el monto** de la pensión de vejez, señalando de forma nítida, no solo los hechos sino los fundamentos de derecho en los cuales radicaba su aspiración.

Por lo antes expuesto, habrá de **REVOCARSE** en su integridad la decisión de primer grado para en su lugar, **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a reliquidar la pensión de vejez del actor teniendo como porcentaje del ingreso base de liquidación el 80% y no aquel que indicó en los actos administrativos que reconocen dicha prestación, junto con el retroactivo correspondiente que resulte de las diferencias entre lo pagado y lo que realmente debía pagarse, teniendo en cuenta, las siguientes mesadas pensionales:

| **Año** | **Valor mesada a pagar (80%)** |
|---|---|
| 2017 | $5.911.094 |
| 2018 | $6.152.858 |
| 2019 | $6.348.519 |
| 2020 | $6.589.762 |
| 2021 | $6.695.858 |

Efectuadas las operaciones matemáticas del caso, se tiene que COLPENSIONES debe cancelar al demandante por concepto de retroactivo la suma de **$18.833.732,** suma calculada al 30 de abril de 2021, junto con las demás diferencias que se causen hasta el momento en que se empiece a pagar la mesada pensional con el 80% del IBL, conforme la parte motiva de esta sentencia.

Así mismo se condenará al pago de la indexación correspondiente, la cual deberá calcularse desde el 1° de marzo de 2017 hasta el día de su pago efectivo.

En cuanto a la excepción de **prescripción**, encuentra la Sala que la misma no se encuentra probada, pues la pensión de vejez le fue reconocida mediante Resolución GNR 55448 del 20 de febrero de 2017 (fls. 25-29 y 60)

y por escrito del 09 de febrero de 2018 solicitó la reliquidación de esta (fl. 10 y 60), pedimento que se resolvió con la Resolución SUB 41606 de 16 de febrero de 2018 (fls. 10-13 y 60), notificada el 14 de marzo de 2018 (fl. 9) y la presente demanda se interpuso el 26 de abril de 2018 (fl. 1), con lo que no transcurrió el término trienal de prescripción.

## IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP no se condenará en costas en esta instancia.

## V. DECISIÓN

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

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

**PRIMERO. – REVOCAR** la sentencia consultada, conforme lo razonado en la parte motiva de esta decisión.

En su lugar, se **CONDENA** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reliquidar la pensión del señor Jaime Mateus Bravo, teniendo como **monto 80% del ingreso base de liquidación** y no aquel que indicó en los actos administrativos que reconocen dicha prestación. Como consecuencia de ello, deberá cancelar, por concepto de retroactivo pensional calculado al 30 de abril de 2021, la suma de **$18.833.732**, junto con las demás diferencias que se causen hasta el momento en que se empiece a pagar la mesada pensional con el 80% del IBL, conforme la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO. - CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, al pago de la indexación correspondiente de las sumas que resulten por concepto de retroactivo pensional, la cual deberá calcularse desde el 1° de marzo de 2017 hasta el día de su pago efectivo.

**TERCERO. -** Declarar no probadas las excepciones propuestas por la demanda.

**CUARTO. -** Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 006 2018 00242 01
Demandante: **JAIME MATEUS BRAVO**
Demandado: **COLPENSIONES**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA** **DAVID A.J CORREA STEER**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**
Magistrada Sustanciadora.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 008

**AUTO:**

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

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

## I. ASUNTO A TRATAR

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** - en favor del demandante la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **JESÚS ALDEMAR OSUNA RAMÍREZ** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

## II. ANTECEDENTES

### 1. Hechos

La parte demandante aspira a que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por persona a cargo a partir del 1° de febrero de 2012, así como los intereses moratorios e indexación por dicho concepto.

**2. Actuación Procesal.**

Notificada la entidad demandada, **COLPENSIONES**, dio respuesta al líbelo genitor exponiendo, en síntesis, que el incremento solicitado es una prestación no integral de la pensión, sometida a las reglas de la prescripción extintiva, ya que resulta insostenible obligar a la entidad a perpetuar en el tiempo una dádiva con contenido patrimonial diferente a la pensión, ante la falta de reclamación del pensionado.

Expone que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que los elementos externos que integran en monto de la pensión, como el incremento aquí discutido, si no se accionan dentro de los 3 años posteriores al reconocimiento pensional resultan prescriptibles.

Adicionalmente, indica que el actor no demuestra que esté afrontando un perjuicio irremediable ante la falta de dicho incremento, ni que este rubro comprometa sus condiciones mínimas de vida, conforme lo señala la sentencia T-011 de 1998, lo que conlleva a desestimar las pretensiones.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

3. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

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

Para sustentar su decisión, adujo, en síntesis, que la Corte Constitucional, en sentencia SU 140 de 2019 señaló que los incrementos pensionales regulados por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron para todos aquellos que adquirieron su derecho a pensionarse con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es 1° de abril de 1994.

Por lo anterior, expone, como quiera que al accionante le fue reconocida la pensión de vejez a partir del día 1° de febrero de 2012 como consta en la Resolución No. 132293 de 2012 (fl. 19-21), conforme a la jurisprudencia en mención, no le asiste el derecho a reclamar los incrementos pensionales por cónyuge a cargo.

**4. Actuación Procesal en Segunda Instancia:**

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

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

## III. CONSIDERACIONES

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

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

**De los incrementos pensionales a la pensión por personas a cargo**

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

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

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

De acuerdo con la sentencia, con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de **derogatoria orgánica** a partir del 1° de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los

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

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

**CASO CONCRETO**

Sin que exista duda en torno a que la fuente normativa a partir de la cual se le reconoció el derecho pensional al actor, es la misma que contiene la regulación sobre los incrementos pensionales por personas a cargo, esto es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, debe precisarse que ello fue así por ser el actor beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Ello se desprende de la Resolución No. 110307 del 14 de junio de 2012, obrante en el disco compacto visible a folio 40 del plenario.

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

Recuerda la Sala que, al tratarse de una sentencia de unificación, que constituye un precedente vertical sobre la materia, dado que proviene de un órgano de cierre, concretamente constitucional, es clara la fuerza vinculante que dicha providencia irradia frente a todos los administradores de justicia

incluido este tribunal de distrito judicial, quien no puede apartarse de lo allí resuelto, pues este precedente limita la autonomía judicial, en tanto debe respetarse la postura del superior; y si bien pudiera separarse la Sala de tal precedente, con la motivación rigurosa exigida para ello según lo ha indicado la Corte Constitucional, no encuentra razones para hacerlo, al compartir el criterio indicado por el órgano de cierre constitucional en la sentencia SU 140 de 2019 a que se hizo referencia.

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

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

En esta instancia no se causaron costas.

## IV. DECISIÓN

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

## V. R E S U E L V E

**PRIMERO**. - **CONFIRMAR** la sentencia consultada por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO**.- Sin costas en esta instancia

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

**Los Magistrados,**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA** **DAVID A.J. CORREA STEER**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada sustanciadora

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

Discutido y Aprobado según Acta No 008

## I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala **Segunda** de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados DAVID A J CORREA STEER, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que KEMMER AUGUSTO MÉNDEZ PARDO promoviese contra COLPENSIONES, y PORVENIR S.A.

## II. ANTECEDENTES

### 1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda el actor pretende se declare la *"anulación"* del traslado de régimen que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Porvenir S.A. Como consecuencia de ello, solicita que Porvenir S.A efectúe el traslado de la totalidad de los aportes cotizados incluidos los rendimientos generados; que Colpensiones acepte el traslado, registrando al accionante como su afiliado sin solución de continuidad, y que se reconozca pensión de vejez bajo los preceptos de la Ley 100 de 1993 junto con el pago de retroactivo e intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información de parte de la A.F.P PORVENIR S.A., al momento de efectuarse el correspondiente traslado, así como el cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo para acceder a una pensión de vejez en el régimen de prima media.

**2. Actuación Procesal.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**COLPENSIONES** (fls. 139 a 148), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, y la innominada o genérica.

Expuso que el traslado del demandante se hizo de manera libre y voluntaria, y que existe constancia que el asesor brindó información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos de cambiarse de régimen pensional.

Dijo que, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de la buena fe, la que se presume en todas las actuaciones que se adelanten ante éstas, por lo que, es a la parte actora a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción y en ese orden acreditar si se presentaron engaños.

Explicó que, para que se pueda considerar que el accionante puede retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo, debe cumplir los requisitos de las sentencias C-789 de 2002 y SU-062 de 2010.

Finalmente señaló que, el fondo privado suministró información veraz y completa acerca de las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales; que el actor siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando; que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa; y que no se avizora que hubiere sido ejercida presión o fuerza para que el demandante efectuara su traslado, así como tampoco la intención alguna de hacerle daño.

Por su parte, **PORVENIR S.A (fls. 152 a 180),** de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, y la innominada o genérica.

Expuso que, la selección de régimen pensional es libre y voluntaria por parte del accionante, quien manifestó por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado a través de la suscripción de formulario de afiliación.

Dijo que, los asesores comerciales encargados de promover las afiliaciones reciben permanentemente capacitación a fin de garantizar que se brinde una adecuada orientación y asesoría a los potenciales afiliados; y que son enfáticos en señalar que el RAIS pone en manos del afiliado la decisión respecto de su futuro a través de la planeación y el ahorro.

Indicó que, la Superintendencia Financiera de Colombia mediante Concepto N° 2015123910-022 de 2015 indicó que el deber de asesoría en los términos que los plantea la parte actora únicamente fue previsto cuando se creó el sistema de información al consumidor financiero, esto es, con la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010.

Agregó que, se informó de las modificaciones de la Ley 797 de 2003 a través de la publicación en un diario de circulación nacional como es el tiempo, así como de la posibilidad de retornar al régimen de prima media, lo que no fue utilizado por el actor, y por el contrario con su actuar, ratificó su deseo de estar en el RAIS.

Manifestó que, no puede tildarse de falsa o engañosa la manifestación de un asesor del RAIS, en el sentido de indicar a un afiliado que puede lograr una pensión más alta que la del régimen de prima media, pues ello, es posible cuando se realizan cotizaciones permanentemente y se hacen aportes voluntarios.

Adujo que, no puede alegarse el desconocimiento de la ley, pues este no sirve de excusa; y que es el afiliado quien de forma libre y voluntaria escogió el régimen pensional al que deseaba permanecer, para lo cual firmó un formulario de afiliación que cumplía los requisitos mínimos contemplados en el Decreto 692 de 1994, sin que se ejerciera el derecho de retracto.

Expresó que el error de hecho vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado por el accionante ya que sí pretendió afiliarse al fondo privado.

Concluyó expresando que la teoría de la inversión de la carga de la prueba no resiste un análisis ponderado y serio, toda vez que en principio incumbe al actor, en aplicación del sistema de carga dinámica de la prueba corresponde a quien tenga la capacidad de demostrar, y el artículo 835 de C.Co establece que está en cabeza de quien alegue la culpa o la mala fe,

probar; y que no es posible aplicar las sentencias que sobre la ineficacia de traslado ha dictado la Corte Suprema de Justicia, ya que, no estamos el demandante no es beneficiario del régimen de transición, y no tenía una expectativa legítima de pensión.

**3. Providencia recurrida**

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

***PRIMERO. – DECLARAR*** *la ineficacia de traslado del demandante realizado al régimen de prima media al RAIS acaecido el 24 de septiembre de 1999 mediante su afiliación a Porvenir S.A.*
***SEGUNDO. - CONDENAR*** *a Colpensiones a admitir el traslado del régimen pensional del accionante.*

***TERCERO. - CONDENAR*** *a Porvenir S.A a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración, y sumas adicionales con los respectivos intereses, de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del C.C aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto es, junto con los rendimientos que se hubieren causado*

***CUARTO. - CONDENAR*** *a Colpensiones a aceptar todos los valores que devuelva Porvenir S.A, que reposaban en la cuenta de ahorro individual del demandante y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.*

***QUINTO. - CONDENAR*** *a Colpensiones a que, una vez efectuado el traslado de régimen ordenado en esta sentencia, estudie el reconocimiento del derecho pensional a favor del actor acatando las consideraciones de esta providencia, dando alcance a la Ley 797 de 2003 o a la norma que le sea aplicable a la situación pensional del actor otorgando su disfrute desde la fecha en que se haya acreditado el retiro precisando que no tendrá incidencia que dicha fecha sea anterior a la data de esta providencia.*

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

En síntesis, refirió que el accionante no podía efectuar su cambio de régimen pensional, pues cuando elevó la solicitud de traslado, esto es, el 05 de diciembre de 2017, le faltaban menos de 10 años para cumplir los requisitos de edad de la pensión de vejez en el régimen de prima media, por demás que, al 01 de abril de 1994 no contaba con 15 años de servicios.

Dijo que, conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia la carga de la prueba de acreditar que se brindó la correspondiente información al afiliado recae en cabeza de los fondos privados, la que debe ser completa y comprensible, así como señalar las ventajas y desventajas del traslado de régimen; deber de información que existe desde la expedición del Decreto 663 de 1993.

Agregó que, para que se aplique lo anterior no es necesario que el demandante sea beneficiario del régimen de transición o contar con expectativas legítimas; y que el formulario de afiliación es insuficiente para establecer que se cumplió con el deber de información por demás que, lo que se requiere es que se cumplió por cualquier medio probatorio tal obligación, según postura de la Corte Suprema de Justicia.

Señaló que, como consecuencia de la ineficacia de traslado se deben devolver todos los valores que recibió el fondo privado; y que la declaratoria de la ineficacia de traslado no está sometida a prescripción pues un entender diferente podría afectar derechos fundamentales como el de la seguridad social.

Finalmente expresó que, no es dable ordenar el reconocimiento de la pensión de vejez, ya que, si bien se encuentra acreditado el requisito de edad por parte del accionante, aún no es dable establecer la totalidad de semanas cotizadas, de modo que, la prestación deberá estudiarse una vez se efectué el traslado de régimen.

**4. Apelación de sentencia- argumentos de las recurrentes**

**Porvenir S.A.** Señaló que, en lo referente a la devolución de gastos de administración y primas para seguros previsionales, dado que los valores pagados han sido debitados conforme a lo que establece la Ley 100 de 1993, tienen como fin remunerar la función del fondo privado para generar rendimientos, y pues se cubrieron los riesgos de invalidez y muerte.

Agregó que, la Superintendencia Financiera en Concepto del 15 de enero de 2020 dijo que no es efecto de la ineficacia del traslado la devolución de los anteriores rubros, pues ello podría generar un enriquecimiento sin causa, y estaría en contra del principio de las restituciones mutuas.

**Colpensiones.** Indicó que, no aportaron medios de convicción para establecer la ineficacia de traslado de régimen, dado que, de las pruebas documentales se puede extraer que la existencia de un formulario de afiliación, siendo el único requisito para el momento del traslado la suscripción de tal documento, no existiendo otra obligación.

Expuso que, allegar otros medios probatorios resulta una carga imposible de acreditar, pues ni siquiera es posible ubicar al asesor que efectuó el cambio de traslado.

Dijo que, la motivación de la ineficacia de traslado es la cuantía que percibirá el accionante en el fondo de pensiones privado tal y como lo dejó plasmado en su demanda, lo que no es motivo para declarar la ineficacia del acto.

Finalmente adujo que deben analizarse los salvamentos de voto de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, pues se plantea si la ineficacia generó un perjuicio, empero, en el caso el demandante no tiene

régimen de transición, y el funcionamiento del RAIS se encuentra contemplado en la ley, sin que sea excusa el desconocimiento de tales parámetros legales.

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

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 13 de octubre de 2020, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

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

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

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

## III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

**Ineficacia del traslado**

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les

suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado "buen consejo" la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

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

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

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

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

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

| Etapa acumulativa | Normas que obligan a las administradoras de pensiones información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|---|---|---|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br><br>Decreto 2241 de 2010 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n. 0 016 de 2016 | Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

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

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

*Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.*

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

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

**CASO CONCRETO**

**Frente a la pretensión de declaratoria de ineficacia.**

Descendiendo al caso bajo estudio, se encuentra que:- i) la activa estuvo afiliada al Régimen de Prima Media desde el 27 de junio de 1979 (fls. 39 a 56); ii) que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a través de Porvenir S.A el día 24 de septiembre de 1999 (fl. 184), a efectos de trasladarse de régimen pensional; iii) Que solicitó nuevamente cambio de régimen pensional los días 05 y 06 de diciembre de 2017 ante Colpensiones y Porvenir S.A. respectivamente, pero su solicitud le fue negada por los fondos accionados (fls. 30 a 36 y 57 a 62).

A folio 184 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 24 de septiembre de 1999 con Porvenir S.A, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado*[1]

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

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

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

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

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

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

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

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

*Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero. La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.*

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

Por las razones anteriormente expuestas la Sala estima acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y por ello en el punto se CONFIRMARÁ la sentencia.

Frente a la inconformidad de la AFP Porvenir S.A respecto de la orden de devolución de cuotas o gastos de administración y seguros previsionales que ordenó efectuar el A Quo, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que hubiere recibido el fondo privado con ocasión de la afiliación, incluidos los porcentajes pagados por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

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

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

**Frente a la obligación de estudiar la pensión de vejez**

En grado jurisdiccional de consulta se procede a examinar la condena impuesta por el A Quo referente a la obligación de estudiar la pensión de vejez por parte de Colpensiones.

Al respecto, basta con mencionar que, si bien no se reconoció la pensión de vejez pretendida por la parte actora, se ordenó que una vez se efectuara el traslado de régimen, Colpensiones efectuase el correspondiente estudio pensional del accionante, lo que a juicio de la Sala se adecúa a los preceptos de la Ley 100 de 1993, pues de conformidad con el artículo 52 de dicha normatividad, era el entonces Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, la entidad encargada de administrar el régimen de prima media, en especial, lo referente al reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el artículo 33 *ejusdem*. Por tanto, se considera acertada la decisión de la A Quo, y por ende en el punto también se CONFIRMARÁ.

## IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

## V. DECISIÓN

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

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

**PRIMERO**. – **CONFIRMAR** la sentencia.

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

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

Los Magistrados,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**DAVID A.J. CORREA STEER**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

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

**Alejandra María Henao Palacio.**

Magistrada sustanciadora

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

Discutido y Aprobado según Acta No 008

## I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER **y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A, y el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de octubre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que MARTHA CECILIA VALDÉS CRUZ promoviese contra SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A, y COLPENSIONES.

## II. ANTECEDENTES

### 1. Hechos

En lo que aquí interesa, para resolver la instancia, la parte actora pretende se declare la *"nulidad"* del traslado de régimen que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A, Protección S.A, Colfondos S.A y Porvenir S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que Porvenir S.A devuelva todos los valores que hubiere recibido producto de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, y rendimientos; y que para los efectos pensionales se declare que continuó afiliada a Colpensiones.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta, la falta de información a la demandante, de parte de las demandadas, al momento de efectuarse los correspondientes traslados.

**2. Actuación Procesal.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.,** (fls. 91 a 99), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago, y la genérica.

Expuso que la **A.F.P PENSIONAR** enunció a la actora la posibilidad de adquirir los beneficios que posee el R.A.I.S señalando la información pertinente y obligatoria para 1995, fecha de la afiliación de la accionante, de conformidad con la Ley 100 de 1993 y el Estatuto Financiero de 1993.

Dijo que, ha contado con departamentos especializados donde capacitan a todos sus funcionarios y especialmente a sus asesores comerciales para que puedan explicar de manera satisfactoria, las características, particularidades, bondades y limitaciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, siendo la actora quien se afilia a la administradora y decide la que más le conviene para administrar sus recursos pensionales.

Señaló que, al momento de la afiliación no era posible predecir hechos futuros, en la medida que, su nivel salarial actual es muy diferente del que tuvo al momento de llevarse a cabo la afiliación.

Enunció que, la accionante firmó de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación, en el que dejo constancia de la información que recibió; y que la afiliación se realizó acorde a los parámetros legales exigidos para la época de la afiliación, especialmente lo establecido en el artículo 1495 del C.C, y el artículo 2 del decreto 1645 de 1995.

Expresó que, el valor de la mesada pensional no deviene de un proceder caprichoso sino de lo que dispone la ley; que al ciudadano se le dio un papel determinante en la planeación de su futuro pensional; y que no es emisor ni pagador del bono pensional al que tiene derecho la accionante.

Finalmente manifestó que, el término prescriptivo es de un máximo de cuatro años conforme al artículo 1750 del C.C.

Por su parte, **COLPENSIONES** (fls. 104 a 121), también se opuso se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Expuso que la accionante está válidamente afiliada al RAIS; que no se encuentra acreditado error, ya que, el que se alega no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia del acto jurídico; que el error de derecho no vicia el consentimiento; y que tampoco se avizora prueba de la que se pueda desprender dolo o fuerza.

Indicó que, que según sentencia C-789 de 2002, los trabajadores pueden elegir libremente el régimen pensional que estimen más conveniente; y que de conformidad con las sentencias C-1024 de 2004, SU-062 de 2010, y SU-130 de 2013, para poder cambiarse de régimen dentro de los últimos 10 años anteriores al cumplimiento de la edad, se debe ser beneficiario del régimen de transición y contar con 15 años de servicios al 01 de abril de 1994.

Agregó que, para pedir la rescisión de un contrato se tiene un término máximo de cuatro años según el artículo 1750 del C.C; que la prescripción laboral es de tres años, y que se saneó la nulidad alegada por el pasar del tiempo.

En último término dijo que, de prosperar la nulidad o ineficacia del traslado se podría afectar el principio de la sostenibilidad financiera, como quiera que pudiera resultar descapitalizado el régimen de prima media.

Finalmente, **Porvenir S.A.** (fls. 145 a 171), de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

Expuso que, lo que se presentó con la accionante fue un cambio de fondo, no un traslado de régimen.

Añadió que, el cambio de fondo se hizo de forma libre, espontánea, y completamente informada, pues la actora recibió información suficiente y necesaria para entender las condiciones y características del RAIS y especialmente los beneficios de la AFP para con sus afiliados, lo que quedó plasmado en el formulario de afiliación; que la Ley 100 de 1993 no estableció

ninguna obligación puntual para las administradoras del sistema de pensiones en materia de suministro de información;

Dijo que, a la demandante se le indicó que podría pensionarse a la edad que escoja, siempre y cuando tenga un capital acumulado en su cuenta de ahorro individual que le permita obtener el 110% de un salario mínimo; que se informó a la actora la existencia de excedentes de libre disponibilidad, la devolución de saldos, la posibilidad de heredar el capital de la cuenta de ahorro individual en caso de fallecimiento sin beneficiarios, y la pensión de garantía mínima.

Explicó que, para la fecha del traslado era imposible realizar algún tipo de proyección pensional, más aún cuando sería la densidad de cotización, valor del bono pensional, constitución familiar, y expectativa de vida.

Apuntó que, el deber de asesoría en los términos que los plantea la parte actora, según la Superintendencia Financiera mediante Concepto 2015123910 de 2015, únicamente fue previsto cuando se creó el sistema de información al consumidor financiero, esto es, con la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010.

Adujo que, la actora contaba con plena capacidad legal para decidir el traslado de régimen; que no toda omisión en el deber de información afecta el consentimiento, debe existir un daño claro, cierto y determinable en el afiliado; que la demandante también tenía el deber de informarse sobre el acto jurídico de traslado de régimen y sus consecuencias; que la actora se trasladó en reiteradas oportunidades, teniendo la oportunidad de revertir su decisión de cambiar de régimen; que el Decreto 1161 de 1994 establece el derecho de retracto; que no hay norma legal que establezca la ineficacia de un traslado de régimen de pensiones por ausencia de información completa al afiliado; y que no existe debilidad negocial del afiliado o posición dominante del fondo al momento de celebrarse el acto de afiliación.

Concluyó expresando que, la prescripción máxima sería de cuatro años para solicitar la recisión o nulidad del contrato, conforme al artículo 1750 del C.C.

**PROTECCIÓN S.A,** asimismo se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, entre otras, la de prescripción.

Expuso que, tienen un procedimiento de capacitación dirigido a sus asesores comerciales, por ello, cuenta con personal idóneo para llevar a cabo las asesorías de los afiliados, buscando que éstos tomen una decisión con

información objetiva, veraz, suficiente y oportuna, informándoles las ventajas o desventajas de los regímenes pensionales.

Finiquitó señalando que, el formulario de afiliación se encuentra acorde con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; que la demandante no hizo uso del derecho de retracto; que el error de derecho no vicia el consentimiento; y que la prescripción es de máximo cuatro años conforme al artículo 1750 del C.C.

Finalmente, **COLFONDOS S.A** se allanó a la demanda.

**3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

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

***PRIMERO. – DECLARAR*** *la ineficacia del traslado del régimen pensional de la actora realizado del régimen de prima media al RAIS el 08 de noviembre de 1995 mediante su afiliación a Old Mutual ahora Skandia S.A*
***SEGUNDO. - CONDENAR*** *a Colpensiones a admitir el traslado de régimen pensional de la actora.*

***TERCERO. - CONDENAR*** *a Porvenir S.A a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la actora tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del C.C aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto es, junto con los rendimientos que se hubieren causado.*

***CUARTO. - CONDENAR*** *a Colpensiones a aceptar todos los valores que devuelva Porvenir, y que reposaban en la cuenta de ahorro individual del demandante, y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor.*

En síntesis, refirió que la demandante al momento de su solicitar su retorno a Colpensiones le faltaban menos de 10 años para acreditar el requisito de edad en el régimen de prima media; y que no tenía 15 años de servicios para retornar conforme a la sentencia C-789 de 2002.

Explicó que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia en cabeza del fondo privado estaba el deber de información para con su afiliado, obligación que existe desde la creación de la Ley 100 de 1993; y que la carga de la prueba de acreditar que se brindó la correspondiente información al afiliado recae en cabeza de los fondos privados, la que debe ser completa y comprensible, así como señalar las ventajas y desventajas del traslado de régimen.

Agregó que no es necesario para que se aplique lo anterior que, la demandante sea beneficiaria del régimen de transición.

Dijo que no se acreditó que se brindó la información en los términos aludidos a la accionante, por demás que, el formulario de afiliación es insuficiente para establecer que se cumplió con obligación, según lo dicho por la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente indicó que, los diferentes traslados realizados en el RAIS no conllevan a suponer una convalidación del consentimiento, pues la información que se requiere es la del traslado de régimen; que se deben devolver todos los valores que recibió el RAIS; y que no opera prescripción por cuanto la ineficacia es una acción conexa al derecho de la seguridad social.

**4. APELACIÓN DE LA SENTENCIA**

**PORVENIR S.A.** Señaló que, que debe estudiarse la omisión de la accionante de no haber realizado el traslado anteriormente ni de haber pedido la asesoría a Colpensiones respecto a su afiliación.

Indicó que, la actora presentó múltiples traslados horizontales, más aún cuando estuvo afiliada más de 20 años en el RAIS, habiendo recibido cuatro asesorías; que es deber de los afiliados de corroborar la información que están recibiendo, quedarse sólo con esa información demuestra un actuar negligente y desinteresado; que para la época del traslado la única prueba exigible era el formulario de afiliación.

Finalmente agregó que, los gastos de administración tienen una destinación específica y estas sumas ya fueron reconocidas en la forma establecida en la ley, por lo que, no se encuentran en su poder.

**COLPENSIONES** indicó que la única prueba para la época del traslado la única exigencia de la ley era el formulario de afiliación la demandante, no existía ninguna obligación de dejar documentada la información brindada, por lo que, pretender que las administradoras pueden allegar otros medios probatorios es una carga imposible de cumplir, máxime si se tiene en cuenta que el traslado fue hace más de 20 años.

Finalmente expuso que, el deber de información no puede ir encaminado a que se le informen aspectos regulados en la ley, ya que, no estarían dentro de tal obligación, pues la ley aplicaría para todos se informe o no, pues los errores sobre puntos de derecho no vician el consentimiento.

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

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 13 de octubre de 2020, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

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

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

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

## III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que **problema jurídico** a resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

**De la ineficacia del traslado**

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

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

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

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

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

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

| Etapa acumulativa | Normas que obligan a las administradoras de pensiones información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|---|---|---|

| | | |
|---|---|---|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br><br>Decreto 2241 de 2010 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n. 0 016 de 2016 | Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple*

*anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado".*

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

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

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

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

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

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

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

*En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.*

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

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

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

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

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

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

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

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

**EL CASO CONCRETO**

Se encuentra probado en el expediente que: i) la activa realizó al Régimen de Prima Media con Prestación definida aportes a través del entonces I.S.S., desde el día **01 de julio de 1995** (fl.77); ii) que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP **Pensionar S.A. (hoy Skandia Pensiones y Cesantías)** el día 08 de noviembre de 1995 (fl. 100), que posteriormente se trasladó a la AFP Colmena Cesantías y Pensiones (hoy Protección S.A), Colfondos, y Porvenir S.A (fls.78 a 81) y iii) que solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el día **13 de junio de 2019 (fl.82)** pero le fue negada la posibilidad por las demandadas.

A folio 100 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 08 de noviembre de 1995 con la AFP Pensionar S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado*[1]

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que

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

probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose Skandia Pensiones y Cesantías, Colfondos S.A., Protección S.A y Porvenir S.A. en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio, pues si bien la actora en su interrogatorio de parte manifestó que el asesor de AFP PENSIONAR comentó sobre algunas de las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, especialmente que existían rendimientos, esto es insuficiente para tener por confeso a la demandante, dado que no se encuentra que se le hubiera explicado las particularidades que pueden presentar los rendimientos en el mercado financiero ni mucho menos las desventajas que le podría acarrear trasladarse de régimen.

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

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

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

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

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

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

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

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

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

Es por ello por lo que, acertada resulta la decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y ordenar la devolución de los aportes a Colpensiones, por lo que en el punto SE CONFIRMARÁ..

Frente a la inconformidad de la AFP Porvenir S.A respecto de la orden de devolución de cuotas o gastos de administración que ordenó efectuar el A Quo, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual,*

*ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

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

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

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

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

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

## IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

## V. DECISIÓN

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

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

**PRIMERO**. – **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión .

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

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

Los Magistrados,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**DAVID A.J. CORREA STEER**
Aclaro Voto !

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Sustanciadora

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

Discutido y Aprobado según Acta No 008

## I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el 04 de agosto de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **OLGA YANETH ROBLES MARTÍN** promoviese contra **SEGURIDAD SINAÍ LTDA., GILBERTO BARÓN ORTEGA y JOSÉ GILBERTO BARÓN CASTRO**.

## II. ANTECEDENTES

### 1. HECHOS

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende la declaratoria de un contrato de trabajo con la sociedad **SEGURIDAD SINAÍ LTDA.**, entre el 28 de enero de 2009 y el 30 de julio de 2012. Así mismo, mediante reforma a la demanda se incluyeron como nuevos demandados los señores **GILBERTO BARÓN ORTEGA y JOSÉ GILBERTO BARÓN CASTRO** en aras a que sean declarados solidariamente responsables de las condenas que se impongan a la sociedad demandada

Como consecuencia de lo anterior, la demandante solicita el reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías, e indexación.

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumentó, en síntesis, la falta de pago de sus prestaciones sociales y vacaciones en el contrato de trabajo que desarrolló como Directora de Gestión Humana de la empresa **SEGURIDAD SINAÍ LTDA.**, en la que son socios las personas naturales co demandadas.

## 2. ACTUACIÓN PROCESAL.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**SEGURIDAD SINAÍ LTDA.** (fls. 31 a 40 y 53 a 65), se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, pago, y cobro de lo no debido.

En su defensa expuso que, se suscribió un contrato de trabajo con la actora en la modalidad a término fijo, el cual terminó el 30 de junio de 2012 por renuncia de la demandante.

Concluyó indicando que, las cesantías fueron consignadas al correspondiente fondo y que se pagaron las respectivas prestaciones sociales y vacaciones, adeudándose únicamente los intereses a las cesantías.

Por su parte, **JOSÉ GILBERTO BARÓN CASTRO.** (fls. 75 a 83), de igual manera, se opuso a las pretensiones de la demanda, sin proponer excepciones de mérito.

Afirmó que la demandante fue contratada por la empresa **SEGURIDAD SINAÍ LTDA.**, empresa de la que es socio, mediante contrato a término fijo, y que se le pagó la totalidad de prestaciones sociales y vacaciones.

Finalmente, **GILBERTO BARON ORTEGA** contestó a través de Curadora *Ad Litem* (fls. 145 a 149), proponiendo las excepciones de

mérito que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, buena, y declaratoria de oficio.

Señaló que no le constaban los hechos de la demanda y que debía probarse los hechos que fundamentan las pretensiones.

Por otra parte se tiene que el 24 de septiembre de 2019 la apoderada de **SEGURIDAD SINAÍ LTDA**. solicitó al juzgado de primera instancia terminación del proceso, en virtud de la celebración de un **contrato de transacción** entre OLGA YANETH ROBLES MARTÍN y el liquidador de SEGURIDAD SINAÍ LTDA (WILSON FERNANDO BARRERA ÁLVAREZ) con el fin de zanjar las obligaciones surgidas para la empresa SEGURIDAD SINAÍ LTDA que eran objeto de controversia dentro del proceso ordinario laboral No. 2013-340, que cursaba en el Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá (fls. 176 a 179).

El juzgado de primera instancia, a través de auto del 13 de noviembre de 2019 dispuso **aprobar la transacción** a la que arribaron las partes y dar por terminado el proceso (fl.180 y 181). No obstante, el 18 de noviembre de 2019, la apoderada de la parte actora interpuso recurso de reposición por considerar que el proceso debía continuar frente a GILBERTO BARÓN ORTEGA y JOSÉ GILBERTO BARÓN CASTRO, dado que el contrato de transacción únicamente zanjó las obligaciones frente a **SEGURIDAD SINAÍ LTDA** (fl. 182).

Mediante providencia del 29 de enero de 2020, el Juzgado de Primera Insstancia dispuso reponer su decisión, y en consencuencia ordenó **que se continuara el trámite respecto de GILBERTO BARÓN ORTEGA y JOSÉ GILBERTO BARÓN CASTRO** - decisión que no fue objeto de recurso -(fls. 183).

## 3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La ***A quo*** dictó sentencia absolutoria.

En síntesis, refirió que no fue objeto de controversia la existencia de una relación laboral entre la actora y **SEGURIDAD SINAÍ LTDA** del 28 de enero de 2009 al 30 de julio de 2012, así como tampoco que entre ellas se celebró un contrato de transacción el 24 de septiembre de 2019, en el que dejaron zanjadas todas las diferencias nacidas de la relación laboral, acuerdo que fue aceptado por el Despacho y generó la terminación del proceso frente a dicha demandada.

Expresó que, el artículo 36 del C.S.T establece que son responsables solidariamente los socios de una empresa con responsabilidad limitada, no obstante, con el contrato de transacción se transó cualquier acreencia laboral frente al obligado principal, siendo los señores José Gilberto Barón Castro y Gilberto Barón Ortega únicamente garantes de las condenas que se pudieran imponer contra Seguridad Sinaí Ltda.

Finiquitó indicando que, en el contrato de transacción se incluyeron las acreencias laborales solicitadas en el presente proceso.

**4. APELACIÓN**

La activa, inconforme con la decisión del A Quo, afirmó que, en el contrato de transacción únicamente se estaba desistiendo de las condenas que se pudieren imponer contra **SEGURIDAD SINAÍ LTDA.**, más no respecto de sus socios.

Enunció que no ha recibido ningún dinero por concepto del contrato de transacción y que su fin fue incluir el crédito en el proceso liquidatorio y hacerlo dentro del término legal.

**5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:**

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

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue no utilizado por los apoderados de las partes.

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

## III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si en atención al contrato de transacción celebrado entre la actora y **SEGURIDAD SINAÍ LTDA.**, resulta posible

abstenerse de imponer condena a sus socios, quienes fueron llamados como solidariamente responsables.

**DE LA SOLIDARIDAD**

El artículo 36 del C.S.T dispone que son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo, las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión.

De esa manera, es claro que, responden solidariamente por las obligaciones que surgen del contrato de trabajo los socios de las sociedades de personas, sin embargo, en el presente asunto se celebró contrato de transacción el 24 de septiembre de 2019 por parte de quien funge como obligado principal, esto es, Seguridad Sinaí Ltda. (fls. 177 a 179), acuerdo que fue aceptado únicamente frente a dicha persona jurídica, ordenándose la terminación del proceso respecto de ella, sin que frente a dicha decisión se interpusiera recurso alguno (fls. 183). Dicho contrato tenía como objeto:

> "**PRIMERO. - OBJETO.** Las partes acuerdan transar en forma total y definitiva las obligaciones surgidas para la empresa SEGURIDAD SINAÍ LTDA con Nit. 830.1105.153-1, y que son objeto del proceso ordinario laboral No. 2013-340, que cursa en el Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá"

Así las cosas, se advierte que quien fue llamado como obligado principal fue relevado de cualquier tipo de responsabilidad laboral, por ende, no resultaba viable imponer condena respecto de la parte que únicamente fue llamada en solidaridad. Recuérdese que dicha institución, en materia laboral, se erige como una manera de proteger los derechos de los trabajadores, para cuyo efecto se le hacen extensivas las deudas insolutas prestacionales o indemnizatorias del empleador, obligado principal, al obligado solidario, en otras palabras, éste es un garante de las obligaciones que se impongan al empresario. Al respecto, se pueden consultar las sentencias del 20 de febrero de 2007 y del 17 de agosto de 2011, Rads. 28438 y 35938, respectivamente, proferidas por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

En ese sentido, resulta pertinente tener en cuenta que la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, de antaño, ha enseñado que cuando se demanda al deudor solidario laboral debe ser también ser llamado al proceso el empleador, de manera que, cuando no es dable imponer condena al primero, los solidarios siguen la misma suerte. En sentencia **SL9585-2027,** que reiteró la del de 10 de agosto de 1994, **Rad. 6494,** enseñó:

> "De esta manera, el responsable principal de las deudas laborales ha de ser siempre parte procesal cuando se pretenda definir la existencia de las deudas laborales; y ello es condición previa, en caso de controversia judicial, para que se pretenda el pago de la misma, en el mismo proceso o en uno posterior; los deudores solidarios, a su turno, han de ser necesariamente partes procesales en los procesos que tengan por objeto definir la solidaridad, esto es, si se dan o no los presupuestos para declarar tal responsabilidad solidaria frente a la deuda laboral, reconocida por el empleador, o declarada judicialmente en proceso, se repite, anterior o concomitante.
>
> En el proceso que persiga declarar la existencia de la obligación laboral no se requiere vincular – nada se opone a que voluntariamente se haga- a un deudor solidario, por cuanto el objeto es definir el contenido de las obligaciones de una relación jurídica de la que no es parte, y por lo mismo, no hay lugar a excepciones derivadas de la naturaleza de la obligación conducentes a impedir su existencia.
>
> Cuando se persiga hacer valer la solidaridad sin que se hubiere establecido la deuda en acta conciliatoria o proceso judicial, se debe constituir litisconsorcio necesario con el deudor principal.
>
> La actuación procesal del deudor solidario, en proceso en el que se le ha llamado a integrar el litisconsorcio con el responsable principal, o en uno posterior al que ha resuelto la controversia sobre la definición de la obligación materia de la solidaridad, y con la pretensión de condenarlo a que asuma el pago de la misma, ha de encaminarse a allanarse o defenderse, aceptando o controvirtiendo el que se den los supuestos sobre los que se edifica la solidaridad, esto es, sobre si se reúnen o no, por ejemplo, los requisitos del artículo 34 del C.S.T. para el beneficiario de la obra, del artículo 35 en tratándose del intermediario, o del artículo 36 para el socio de una sociedad, o si ésta se da, presentando excepciones personales frente al actor, conducentes a enervar la obligación de pago, como por ejemplo acreditando que éste ya fue realizado, o que operó el fenómeno de la compensación, de la novación, o de la prescripción, entre otros"

Aunado a lo anterior, en la cláusula cuarta del contrato de transacción antes referido, se dispuso la posibilidad de hacer exigible lo allí acordado, así: *"Las obligaciones derivadas del presente contrato son claras, expresas y exigibles al tenor del artículo 422 del Código*

*General del Proceso, por ende las estipulaciones aquí incorporadas prestan mérito ejecutivo entre los firmantes".* En consecuencia, la parte actora cuenta con la posibilidad de hacer valer las obligaciones pactadas en tal acuerdo al establecerse su mérito ejecutivo.

Por las anteriores razones se considera que le asiste razón a la jueza de primera instancia al ABSOLVER a los señores Gilberto Ortega Barón y José Gilberto Barón Castro de las pretensiones incoadas en su contra.

## IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

## V. DECISIÓN

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

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

**PRIMERO**. – **CONFIRMAR** la sentencia.

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

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

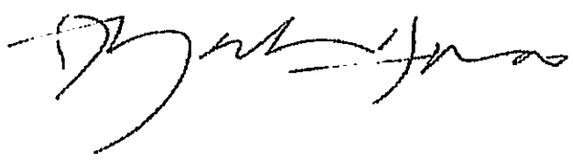
Los Magistrados,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA** **DAVID A.J CORREA STEER**

## AUTO

Se señalan como agencias en derecho en esta instancia la suma de $450.000 a cargo de la parte actora.



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Sustanciadora

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

Discutido y Aprobado según Acta No 008

## I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá el 09 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que DANIEL FERNANDO SALGADO DAZA promoviese contra OUTSOURCING SERVICIOS INFORMÁTICOS S.A.

## II. ANTECEDENTES

### 1. HECHOS

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo con Outsourcing Servicios Informáticos S.A. que terminó por causa imputable al empleador. Como consecuencia de lo anterior, solicita indemnización por despido sin justa y sanción moratoria.

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumenta que celebró contrato de trabajo a término fijo inferior a un año con la sociedad Outsourcing Servicios Informáticos S.A., para desempeñar el cargo de Asesor en Gas Natural Fenosa. Afirma que el plazo inicial pactado fue de tres meses, desde el 07 de diciembre de 2016 al 06 de marzo de 2017.

Narró que el contrato se prorrogó en dos ocasiones y que no le fue anunciada la terminación al vencimiento de la segunda prórroga por lo que su contrato se prorrogó por un año.

Que el 26 de agosto de 2017, el señor Luis Guerrero (Coordinador) le entrega "una hoja donde estaba el preaviso" donde se anunciaba la terminación del contrato de trabajo el 6 de septiembre de 2017, documento que dice, se firma partiendo de la buena fe de la demandada.

Que siguió prestando el servicio sin solución de continuidad, que la demandada en agosto de 2017 dio por hecho que el contrato sería renovado por un año, sin embargo, decidió finalizarlo el 06 de septiembre de 2017 con preaviso del 26 de agosto del mismo año.

## 2. ACTUACIÓN PROCESAL.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

**Outsourcing Servicios Informáticos S.A** (fls. 89 a 113), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó inexistencia de la obligación, incongruencia en las manifestaciones del demandante, autenticidad del preaviso entregado al demandante, y prescripción.

Expuso que, la relación laboral existente entre las partes terminó como consecuencia de la ocurrencia de una causal objetiva como es la finalización del plazo pactado, ya que, el contrato de trabajo fue suscrito a término fijo y se pactó por tres meses del 07 de diciembre de 2016 al 06 de marzo de 2017, de manera que, tuvo dos prórrogas, extendiéndose hasta el 06 de junio de 2017 y posteriormente al 06 de septiembre de 2017.

Dijo que, el 26 de julio de 2017 se entregó comunicación mediante la que se informó que el contrato de trabajo del demandante no sería prorrogado; documento que goza de presunción de autenticidad, de modo que, no le basta a la activa simplemente manifestar que la data del documento no corresponde a su fecha real, sino que debe aportar pruebas que acrediten tal situación.

Concluyó indicando que, no hay lugar a sanción moratoria, en la medida que, las prestaciones sociales se pagaron dentro de un término prudencial, esto es, el 22 de septiembre de 2017, por lo que, se evidencia su obrar de buena fe.

## 3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La ***A quo*** dictó sentencia absolutoria.

Como fundamento de su decisión trajo al análisis el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, que regula el contrato de trabajo a término fijo, las formas de su prórroga, aviso y terminación, haciendo énfasis en la obligación de dar aviso de la no prórroga o de la terminación del vínculo laboral con no menos de 30 días de anterioridad.

Luego de analizar la prueba arrimada al proceso concluyó que, según contrato de trabajo a término fijo, suscrito entre las partes, la relación laboral inició el 07 de diciembre de 2016, y fue pactado por un período de tres meses, de modo que, vencía el 06 de marzo de 2017, con tal suerte que al no ser objeto de finiquito se renovó automáticamente en dos oportunidades, por el término inicialmente pactado (tres de meses), esto es, una primera prórroga que venció el 06 de junio de 2017, y una segunda, que se extendió hasta el 06 de septiembre de 2017.

Indicó que, en el plenario obra el preaviso de fecha, 26 de julio de 2017, documento en el que se pone de presente que el contrato de trabajo del actor terminaría el 06 de septiembre de 2017, cumpliéndose con ello, el término de 30 días de que trata el artículo 46 del C.S.T., y que dicho documento en asocio con la declaración del testigo Luis Alfredo Guerrero Cuervo, daban cuenta del aviso de terminación del contrato de trabajo al actor con no menos de 30 días de antelación al vencimiento del contrato de trabajo.

Afirmó que en el interrogatorio de parte, el demandante aceptó que el 26 de agosto de 2017 no recibió ninguna comunicación; y que no existe prueba que permita inferir que el preaviso que se entregó al actor no estaba fechado con el día, 26 de julio de 2017.

Finalmente señaló, que no hay lugar a indemnización moratoria, ya que el contrato de trabajo terminó el 06 de septiembre de 2017, y se pagó la correspondiente liquidación final de prestaciones sociales el 22 de septiembre de 2017, actuar con el que se verifica que el empleador actuó de buena fe, pues sufragó su obligación pecuniaria en un término prudente, y no hubo intención de sustraerse de sus deberes patronales.

**4. Actuación Procesal en Segunda Instancia:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 18 de enero de 2021, se admitió el recurso de apelación.

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

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas al trabajador, se verificará la sentencia proferida por la juez de primer grado.

## III. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** a resolver se circunscriben

a determinar, en primer lugar si hay lugar al reconocimiento y pago de una indemnización por despido sin justa causa, con ocasión a que el demandante no recibió la carta de no prórroga del contrato de trabajo 30 días antes de la terminación efectiva de su relación laboral; en segundo lugar se analizará si hubo tardanza en el pago de la liquidación final de prestaciones sociales, y por ello resulta procedente el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T

**DEL CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO FIJO E INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA.**

El contrato de trabajo a término fijo es aquel en que las partes pactan una duración cierta y limitada en el tiempo y que tiene una duración máxima de tres años, pero que puede ser renovado tantas veces como lo dispongan las partes.

Así mismo, el contrato a término fijo finaliza por el vencimiento del término estipulado, siempre y cuando el empleador informe por escrito su determinación de no prorrogar el contrato de trabajo con una antelación no inferior a 30 días, pues de lo contrario se entenderá prorrogado por el término inicialmente pactado; y que cuando el contrato de trabajo es inferior a un año, únicamente se puede prorrogar por tres periodos con un término igual o inferior al inicialmente pactado, de manera que, una vez superadas tales prórrogas, la renovación no puede ser inferior a un año. Al respecto, el artículo 46 del C.S.T dispone:

> **"Artículo 46. Contrato a Término Fijo.** <Artículo subrogado por el artículo 3o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente.
>
> 1. Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.
>
> 2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente.
> **PARAGRAFO.** En los contratos a término fijo inferior a un año, los trabajadores tendrán derecho al pago de vacaciones y prima de servicios en proporción al tiempo laborado cualquiera que éste sea."

Del mismo modo, no sobra recordar que conforme a lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 24 de abril de 2014, Rad. 54003, reiterada en las sentencias del 19 de octubre de 2016, Rad. 48879, y SL4909-2020, el empleador goza de libertad para escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, siempre que se

acoja a una de las variadas posibilidades que con tal fin le otorga la ley. En ese orden, ha dicho que los empleadores tienen la *«libre prerrogativa de acudir, al contratar laboralmente, a la estructura legal que más le convenga a las particulares circunstancias que afronte...»*.

De esta manera, es claro que la celebración de un contrato a término fijo entre las partes se ajusta a las preceptivas legales, así como a la libre prerrogativa de que goza el empleador de contratar laboralmente acudiendo a las figuras contractuales que más le convenga frente a las circunstancias particulares que afronte.

Por otra parte, la indemnización por despido sin justa causa es procedente cuando el empleador no acata los términos consagrados en el artículo 46 del C.S.T, por ende, la sanción imputable al empresario conforme al inciso 3° del artículo 64 del C.S.T, es *"el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato"*.

**DEL CASO EN CONCRETO**

**DE LO PROBADO EN EL PROCESO**

Partirá la Sala de los hechos que se encuentran probados por no ser objeto de controversia alguna en el proceso y que son los siguientes:

i) Entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a término fijo de tres meses, teniéndose como fecha de iniciación el 07 de diciembre de 2016, y como fecha de terminación el 06 de marzo de 2017 (fls. 11 a 15 y 120 a 129).
ii) El contrato de trabajo del demandante finiquitó el 06 de septiembre de 2017 por expiración del plazo fijo pactado (fl.16).
iii) La liquidación final de prestaciones sociales por parte de la empresa se pagó a favor del actor el 22 de septiembre de 2017 (fl. 136).

En el sub examine, observa la Sala que entre las partes se celebró un contrato de trabajo a término fijo por un término de tres meses, con fecha de iniciación, 07 de diciembre de 2016 y finalización el 3 de marzo de 2017. Así mismo en la revisión de la prueba arrimada no se encuentra en el plenario prueba alguna que dé cuenta que, entre el período del 07 de diciembre de 2016 y el 06 de septiembre de 2017, se hubiera prorrogado el contrato de trabajo por un término inferior al inicialmente pactado, por lo que, se entiende que, se fue prorrogando por un tiempo igual al acordado primigeniamente.

De esta manera, se considera que, el contrato de trabajo del actor tuvo dos prórrogas de tres meses así: i) Del 07 de marzo al 06 de junio de 2017; y ii) Del 07 de junio al 06 de septiembre de 2017. Por tanto, la

correspondiente carta de no prórroga se debió entregar al trabajador a más tardar el 06 de agosto de 2017.

En el plenario, obra a folio 130 carta del 26 de julio de 2017 dirigida por parte de la empresa demandada al trabajador demandante, mediante la que se le comunica que no sería prorrogado su contrato de trabajo y que este vencería el 06 de septiembre de 2017. Dicha comunicación tiene firma y recibido del demandante, por lo que, en principio se entiende que se dio cumplimiento a lo ordenado en el artículo 46 del C.S.T, esto es, informar por escrito la determinación de no prorrogar el contrato de trabajo con una antelación no inferior a 30 días.

Ahora bien, el accionante tanto en el hecho décimo de su demanda (fl.50), como al rendir interrogatorio de parte, manifestó que no le fue entregada la misiva en la fecha impresa en ella, esto es el 26 de julio de 2017, sino el 26 de agosto del mismo año, afirmó que ello se debió a que "lo tomaron desprevenido", y que no se percató al momento de la entrega, de la fecha que encabezaba la carta de no prórroga.

No obstante lo anterior, debe decirse que de tales afirmaciones no se arrimó prueba alguna al plenario.

En efecto, al auscultarse la prueba documental de fl 130, contentiva de la carta de no prórroga enjuiciada, se observa que ésta tiene como fecha de expedición el día 26 de julio de 2017. En la parte inferior derecha de la misma se observa plasmada la firma y cédula del demandante en señal de recibido, sin que se observe nota u observación alguna de haber recibido en fecha distinta a la que anuncia el encabezado de la misiva.

Y al analizar la testimonial arrimada al proceso, que se contrae a la declaración del señor Luis Alfredo Guerrero Cuervo, se encuentra que tampoco dicha prueba suministra elementos siquiera sumarios de los cuales se pueda plausiblemente concluir que la carta o aviso de no prórroga del contrato se entregó en fecha distinta a aquella en la que se plasma en la de folio 130.

En efecto en su declaración el testigo - quien fungía como Coordinador afirma que el protocolo de la empresa consiste en entregar las cartas de no prórroga de los contratos de trabajo un mes antes de su terminación; que para tal efecto, la empresa con una antelación no inferior a 40 días, a través del Jefe de Operaciones o un correo electrónico de gestión humana, remiten los documentos de las personas que están próximas a que su contrato se venza, y luego envían un formato para hacer el preaviso; que él en su calidad de coordinador revisa nombres, cédula, y fechas del documento; y que la carta de no prórroga se entrega al trabajador a más tardar con una antelación de 30 días a la expiración del contrato de trabajo. No obstante, al descender al caso del actor, aunque el declarante afirmó que él mismo le entregó la carta o aviso de no prórroga del contrato de trabajo, lo cierto es

que de su subsiguiente relato nada que beneficie al actor se concluye, pues no recuerda la fecha de la entrega, ni dónde se hizo. Tampoco recuerda dónde se encontraba él concretamente los días 26 de junio de 2017 ni el 26 de agosto de 2017, y que tampoco recuerda la entrega de los anteriores preavisos al demandante.

Así las cosas, siendo carga del demandante la de dar peso probatorio a sus dichos, la misma se incumplió y la consecuencia de ello no es otra distinta a que deba despacharse desfavorablemente su pretensión tendiente al pago de la indemnización por despido injusto, y concluir, en consideración al acervo probatorio allegado, que la decisión del A Quo de absolver de dicha pretensión se encuentra ajustada a derecho, motivo por el cual se CONFIRMARÁ.

**INDEMNIZACIÓN MORATORIA**

La indemnización moratoria es una sanción que se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador. Al respecto, el inciso 1° del artículo 65 del C.S.T, establece

> **"Artículo 65. INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO.** <Texto original del inciso 1o. del Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente para los trabajadores que devenguen un (1) salario mínimo mensual vigente o menos:>
>
> 1. Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo"

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en criterio pacífico ha enseñado que, la indemnización moratoria no opera automática ni inexorablemente, sino por el contrario pende de la valoración que el juzgador realice sobre la conducta del empleador renuente, ello fundamentado en el hecho de que no existen reglas absolutas cuando se determina la buena o la mala fe. Al respecto se aclara que cuando se habla de este tipo de sanciones, se configura una excepción a la presunción general de buena fe, en la que es el empleador quien debe acreditarla (sentencias como la del 03 de julio de 2013, Rad. 40509 y la SL1005-2021).

En el *sub lite* encontramos que el motivo por el que el accionante solicita indemnización moratoria es por no haberse pagado a la terminación del contrato los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador (pretensión segunda- fl. 53).

No obstante, a folio 133 obra liquidación final del contrato de trabajo, en el que se determina el valor a pagar por concepto de salario del último mes de labor (proporción), prestaciones sociales, y vacaciones; y a folio 136 se arrimó consignación dineraria a través de la entidad bancaria Davivienda, de la liquidación final de prestaciones sociales, con fecha 22 de septiembre

de 2017, lo que fue ratificado por el accionante al rendir interrogatorio de parte.

De esta manera, a juicio de la Sala no se considera que el empleador hubiere obrado de mala fe, por el contrario, demostró el pago de las acreencias laborales debidas a la terminación del contrato de trabajo en un término razonable (15 días), y que no fue su intención sustraerse de reconocerle al trabajador sus obligaciones económicas. En otras palabras, el plazo aparece más que razonable no avizorándose una conducta dilatoria o negligente por parte del empleador, razones por las que en el punto también será CONFIRMADA la sentencia venida en consulta.

## IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

## V. DECISIÓN

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

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

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO.-** Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**DAVID A.J CORREA STEER**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

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

Alejandra María Henao Palacio.

Magistrada sustanciadora

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

Discutido y Aprobado según Acta No 008

## I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A, y el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que ADELAIDA SORZANO GONZÁLEZ promoviese contra PORVENIR S.A y COLPENSIONES.

## II. ANTECEDENTES

### 1. HECHOS

En lo que interesa para resolver la instancia, la parte actora pretende se declare la ineficacia del traslado de régimen que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Porvenir S.A. Como consecuencia de ello, solicita que Porvenir S.A traslade todos los aportes que hubiere recibido como producto de la afiliación y Colpensiones acepte dichos aportes y registre a la accionante como su afiliada sin solución de continuidad.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta, la presunta falta de información a la demandante, de parte de la AFP Porvenir S.A, al momento de efectuarse el correspondiente traslado.

## 2. ACTUACIÓN PROCESAL.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**Colpensiones** (fls. 68 a 96), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar a al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, no configuración del derecho a pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, y la innominada o genérica.

Expuso que dentro del expediente no obra prueba alguna de la que se pueda establecer que a la accionante se le hizo incurrir en error, que se está en presencia de un vicio del consentimiento, o inconformidad de su parte, ya que, por el contrario, se avizora que la afiliación se realizó de forma libre y voluntaria.

Indicó que, la actora no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 para que pueda retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media, puesto que, no era beneficiaria del régimen de transición y no contaba con 15 años de servicios al 01 de abril de 1994.

Expuso que, la demandante no hizo uso del derecho de retracto; que el error que se alega no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia de los actos jurídicos celebrados, pues no se un error dirimente o error nulidad; que la falta de información no es un vicio del consentimiento; que el término para pedir la rescisión de un contrato es de cuatro años según el artículo 1750 del C.C; y que cualquier nulidad fue saneada al existir una ratificación tácita del acto, ya que la demandante de manera voluntaria ha consentido los descuentos con destino a su cuenta de ahorro individual.

Agregó que, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha declarado la ineficacia del traslado únicamente en casos donde el cambio de régimen resultaba gravoso, puesto que los demandantes en tales procesos eran beneficiarios del régimen de transición o estaban muy cercanos a cumplir a algún requisito para acceder a su pensión; y que la carga de la prueba recae en la parte que alega el hecho, por demás que la inversión que adoctrina la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral no se constituye como una regla probatoria general, de modo que, en cada caso particular se debe verificar su procedencia

Finalmente indicó que, de prosperar la nulidad o ineficacia del traslado se podría afectar el principio de la sostenibilidad financiera, como quiera que, una decisión pudiese descapitalizar el régimen de prima media.

Por su parte, la **A.F.P PORVENIR S.A** (fls. 124 a 134, también ), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

Expuso que la accionante a la fecha de su traslado contaba apenas con 421 semanas de cotización y 40 años, por lo que, era imposible realizarle algún tipo de proyección pensional.

Afirmó que, el deber de asesoría según la Superintendencia Financiera mediante Concepto 2015123910 de 2015, únicamente fue previsto cuando se creó el sistema de información al consumidor financiero, esto es, con la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010.

Dijo que, el cambio de fondo se hizo de forma libre, espontánea, y completamente informada, pues la actora recibió información suficiente y necesaria para entender las condiciones y características del RAIS y especialmente los beneficios de la AFP para con sus afiliados, por demás que, si la accionante fuera una persona diligente habría validado no sólo el contenido de la información otorgada sino todo los aspectos que considerara necesarios; que aunado a lo anterior, el desconocimiento de la ley no sirve de excusa; y que el deber de información también recae en cabeza de la afiliada, empero únicamente se preocupó por su situación pensional de cara a la ocurrencia del siniestro.

Añadió que, el formulario de afiliación fue llenado con el cumplimiento de todos los requisitos legales, especialmente los del Decreto 692 de 1994; y que la Ley 100 de 1993 no estableció ninguna obligación puntual para las administradoras del sistema de pensiones en materia de suministro de información.

Explicó que, la actora contaba con plena capacidad legal para decidir el traslado de régimen y obligarse a través de la suscripción del formulario de afiliación; que el denominado consentimiento informado no puede ser aplicado a obligaciones contraídas con anterioridad al año 2014, pues dicho deber sólo nació con la Ley 1328 de 2009.

Finalmente indicó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que, no se puede considerar que tenía una expectativa de que se le reconociera la prestación bajo una circunstancia más favorable que la establecida en la Ley 100 de 1993; que si bien en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se insiste en el deber de información en cabeza de las AFP, no es dable aplicar la normatividad como si los fondos de pensiones se trataran de cualquier entidad vigiladas por la Superintendencia Financiera, pues en el escenario pensional los

consumidores tienen múltiples mecanismos en sus manos para conocer las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS.

**3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El ***A quo*** dictó sentencia condenatoria:

***PRIMERO. – DECLARAR*** *la ineficacia de la afiliación de la demandante a Porvenir S.A suscrita el 24 de marzo de 2000*

***SEGUNDO. - DECLARAR*** *que para todos los efectos legales, la demandante nunca se trasladó al RAIS y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida*

***TERCERO. - CONDENAR*** *a Porvenir S.A trasladar a Colpensiones todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora tales como aportes o cotizaciones, bonos pensionales que se hubieren solicitado, gastos de administración, sumas adicionales con intereses o rendimientos que hubiera causado en los términos del artículo 1746 del C.C*

***CUARTO. - CONDENAR*** *a Colpensiones admitir el traslado de la actora con sus respectivos aportes al régimen de prima media con prestación definida*

***QUINTO. - DECLARAR*** *no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva*

En síntesis, refirió que si bien el Despacho había estado sosteniendo para efectos de establecer si hay lugar o no a la ineficacia del traslado que, era menester verificar cada caso particular, ante las diferentes órdenes de tutela proferidas por la Corte Suprema de Justicia en las que se hacía un llamado al acatamiento del precedente judicial, se disponía a cambiar su criterio.

Advirtió que según el criterio de la Corte Suprema de Justicia en cabeza del fondo privado estaba el deber de información para con su afiliado, lo que implicaba se brindara la correspondiente información al afiliado de forma completa y comprensible, así como señalar las ventajas y desventajas del traslado de régimen.

Agregó que, la carga de la prueba recae en el fondo privado conforme a lo dispuesto por la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, no obstante, únicamente se allegó formulario de afiliación, el que es insuficiente para tener por acreditado el deber de información, y el interrogatorio de parte rendido por la accionante se verifica su desconocimiento acerca del funcionamiento de los regímenes pensionales.

Finalmente indicó que, no opera prescripción por cuanto no opera frente a un derecho conexo a pensión.

## 4. APELACIÓN

**Colpensiones.** Expresó que, el criterio de la Corte Suprema de Justicia no se aplica para el presente caso, dado que no se trata de asuntos análogos, ya que, la accionante no es beneficiaria del régimen de transición ni tenía una expectativa legítima de pensión al momento de efectuar su traslado.

Dijo que, resulta desproporcionado colocar la carga de la prueba en cabeza de los fondos privados, dado que para la fecha del traslado no era obligatorio dejar una fecha de registro del deber de información, por ende, se debe seguir el principio de que nadie está obligado a lo imposible.

Indicó que, se debe tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto estas decisiones pueden generar descapitalización, en la medida que, los aportes a Colpensiones se utilizan para financiar las pensiones del régimen de prima media con prestación definida.

Finalmente expuso que, de mantenerse la decisión los aportes se deben devolver debidamente indexados.

**Porvenir S.A.** Señaló que, que debe estudiarse las circunstancias propias de cada caso de conformidad con la normatividad vigente al momento de afiliación de la demanda, pues debe observarse que para el 2000, año de traslado de la actora, estaban vigentes la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993 que disponían únicamente que se brindara información, pero no que se señalaran las características de los regímenes pensionales, se hicieran proyecciones pensionales, o se solicitara información detallada de las implicaciones del cambio de régimen, lo que vino a surgir de la jurisprudencia.

Indicó que, la actora en interrogatorio de parte señaló que, firmó y leyó el formulario de afiliación, que el asesor le explicó, y es una persona profesional que conoce las implicaciones de lo que está firmando, inclusive propietaria del establecimiento donde recibió al asesor de Porvenir; que lo anterior indica que fue voluntad de la accionante trasladarse de régimen, y se cumplió el deber del fondo privado, por demás que, el móvil de la demanda es el valor de la mesada pensional, tal como se explicó en interrogatorio de parte.

Agregó que se encuentra acreditado el deber de información con lo establecido en el formulario de afiliación y lo aceptado por la demandante en interrogatorio de parte, pues el primero cumple los presupuestos de ley, y existe una manifestación inequívoca de permanecer al RAIS, por demás que era obligación del accionante actuar con mediana diligencia según el estatuto financiero y no existe norma que establezca la ineficacia del traslado como consecuencia de la inobservancia del deber de información.

Finalmente agregó que, se debe revocar la devolución de los gastos de administración pues no se puede desconocer la gestión realizada por la administradora y la rentabilidad realizada, más aún cuando se hizo de conformidad con la ley.

**5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 13 de octubre de 2020, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

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

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

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

## III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** a resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

**De la ineficacia del traslado**

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

de lo que se ha llamado "buen consejo" la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

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

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

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

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

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

| Etapa acumulativa | Normas que obligan a las administradoras de pensiones información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|---|---|---|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br><br>Decreto 2241 de 2010 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n. 0 016 de 2016 | Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

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

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

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

*una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado".*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993)*

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

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

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

**EL CASO CONCRETO**

Se encuentra probado en el expediente que: i) la activa realizó cotizaciones al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del entonces I.S.S., desde el día **27 de septiembre de 1983** (fls. 38 y 39); ii) que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP **Horizonte Pensiones y Cesantías (hoy Porvenir S.A.)** el día 24 de marzo de 2003 **(fl.151)**, y iii) que solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media los días 31 de agosto de 2018 y 04 de septiembre de 2018 ante Porvenir S.A. y Colpensiones, respectivamente (fls. 43 a 46) pero le fue negada la posibilidad por las demandadas (fls. 47 a 49).

A folio 151 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 24 de marzo de 2003 con Horizonte Pensiones y Cesantías, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de*

*información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado*[1]

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose Porvenir S.A. en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio, ya que, pues si bien la actora en su interrogatorio de parte manifestó que el asesor de Horizonte Pensiones y Cesantías le comentó sobre algunas de las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, especialmente que la posibilidad de que tuviera una mejor pensión, esto es insuficiente para tener por confeso a la demandante y en consecuencia considerar que se acreditó el deber de información, dado que no se encuentra que se le hubiera explicado la forma como podría acceder a tal beneficio ni mucho menos las desventajas que le acarrearía trasladarse de régimen.

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

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

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

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

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

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

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

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

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

Es por ello por lo que, acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y ordenar la devolución de aportes, no obstante, no se accederá a que la restitución de éstos se haga debidamente indexada, dado que en la sentencia también se ordenó el traslado de rendimientos financieros, que son precisamente los que generan su valorización y mantienen su poder adquisitivo.

Frente a la inconformidad de las demandadas apelantes respecto de la orden de devolución de cuotas o gastos de administración que ordenó efectuar el A Quo, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las*

*mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los gastos de administración que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. En igual sentido, la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

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

De esta manera, es claro que la declaratoria de ineficacia de traslado genera a cargo de todas las entidades involucradas el deber de reintegrar los correspondientes valores que percibieron como cuotas de administración y comisiones, por lo que, en tal sentido se considera acertada la decisión del Juez de Primera Instancia.

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

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

## IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

## V. DECISIÓN

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

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

**PRIMERO**. – **CONFIRMAR** la sentencia.

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

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

Los Magistrados,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**DAVID A.J. CORREA STEER**
Aclaro Voto

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada Sustanciadora

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

Discutido y Aprobado según Acta No 008

## I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de agosto de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que JAVIER CATALINO GUATTE MARTÍNEZ promoviese contra DRUMMOND LTD COLOMBIA.

## II. ANTECEDENTES

### 1. HECHOS

En lo que aquí concierne con la demanda el actor pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 10 de octubre de 2012 y el 08 de junio de 2017; que es beneficiario de la convención colectiva 2016-2019 suscrita entre Drummond Ltda y SINTRAMIENERGÉTICA; y que su despido fue ilegal al pretermitirse el procedimiento establecido convencionalmente. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de indemnización moratoria, e indexación por pago tardío de prestaciones sociales, e indemnización por despido sin justa causa.

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumenta, que el 09 de junio de 2017 se dio por terminado el contrato de trabajo del demandante, no obstante, Drummond Ltd desconoció el procedimiento para la imposición de sanciones disciplinarias y terminación del contrato con justa causa legal; y que no se pagó a la finalización de la relación laboral la

liquidación final de prestaciones sociales sino 45 días después, esto es, el 24 de julio de 2017.

**2. ACTUACIÓN PROCESAL.**

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

**Drummond Ltd** (fls. 73 a 92), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y pago; buena fe, prescripción, y compensación.

Expuso que, el día 30 de mayo de 2017 el accionante operaba un camión y golpeó la parte trasera de un equipo liviano de la empresa contratista Servividrios, generándose daños al equipo y lesiones a uno de sus ocupantes; y que fue por lo anterior que, se inició investigación disciplinaria, y se tomó la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo del demandante.

Dijo que se agotó el siguiente procedimiento a fin de llevar a cabo el despido: i) Se citó al actor a rendir descargos mediante comunicación del 01 de junio de 2017, en tal comunicación se puso de presente la falta imputada, los hechos constitutivos de la misma, así como la fecha, hora, y lugar en que se llevaría a cabo la diligencia de descargos; ii) La citación a descargos del accionante se envió a la organización sindical SINTRAMIENERGÉTICA; iii) SINTRAMIENERGÉTICA solicitó aplazamiento de la diligencia de descargos, requerimiento al que se accedió por parte de la empresa, fijándose como nueva fecha para su celebración, el 04 de junio de 2017; iv) El aplazamiento de la diligencia de descargos se notificó por parte de la empresa al actor y al sindicato, el 02 de junio de 2017; v) El 04 de junio de 2017, a la hora de las 10:07 AM, se llevó a cabo la diligencia de descargos en la oficina de recursos de la mina *El Descanso*, con la presencia del demandante y dos representantes del sindicato; vi) En la diligencia de descargos se puso de presente el reporte que dio origen al proceso disciplinario, la información recopilada en el accidente (fotografías, gráficas del incidente, versiones rendidas por dos empleados del contratista Servividrios, y la del analista de seguridad industrial Winston Enciso), y la citación enviada al sindicato; y v) Agotado el procedimiento, se notificó al demandante la decisión de terminar el contrato de trabajo por justa causa el 09 de junio de 2017.

Agregó, que si bien la Convención Colectiva de Trabajo 2016-2019 establece que, se entiende por días hábiles los comprendidos de lunes a viernes, esto es, *"sólo para efectos de contabilizar los plazos allí establecidos, sin que ello sea óbice para que la diligencia de descargos se realice el sábado o el domingo, siempre y cuando el trabajador se encuentre en turno de trabajo, como ocurrió en el presente caso"* (sic); y que tanto el trabajador como los

representantes elegidos por el sindicato estaban en el mismo grupo de trabajo y tenían turno para laborar el 04 de junio de 2017.

Finalmente indicó que pagó al actor todas y cada una de las acreencias laborales a su cargo y desplegó todas las operaciones administrativas, financieras, y contables para la liquidación y pago de las acreencias laborales del demandante, informándole telefónicamente que a partir del 07 de julio de 2017 estaría el correspondiente cheque en las instalaciones de la empresa a su disposición.

## 3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El ***A quo*** dictó sentencia absolutoria.

En síntesis, refirió que no existe controversia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes del 10 de octubre de 2012 al 08 de junio de 2017; y que el actor es beneficiario de la convención colectiva 2016-2017 celebrada entre SINTRAMIENERGÉTICA y Durmmond Ltd.

Señaló frente al procedimiento disciplinario que, el 01 de junio de 2017 el accionante fue citado a rendir descargos para el día 03 del mismo mes y año; que el 02 de junio de 2017 se aplazó la diligencia de descargos para el día 04 de junio de 2017 por petición del sindicato SINTRAMIENERGÉTICA, aunado a que el trabajador el 03 de junio de 2017, se encontraba en permiso sindical; que el día de la diligencia de descargos, comparecieron dos representantes de la organización sindical SINTRAMIENERGÉTICA, así como el demandante, quien se encontraba en día laboral; y que agotado el procedimiento disciplinario, se notificó al actor el 09 de junio de 2017, la terminación de su vínculo laboral.

Expresó que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, es dable entender que la pretermisión del procedimiento disciplinario convencional no se da porque la terminación no se ejecute en un día hábil sino por la posibilidad que tiene el trabajador de ejercer su defensa, y que se hubiera citado a descargos a éste dentro de los tres días hábiles siguientes a la comisión de la falta; y que por lo anterior, y dado que se acataron los términos convencionales, el procedimiento efectuado por la empresa demandada se encuentra ajustado a derecho.

Explicó que está acreditada la justa causa, como quiera que, de la prueba documental y testimonial, se logra constatar que el accionante además de generar un daño en el camión 2392 y en el equipo liviano o camioneta identificada como SV10 del contratista Servividrios, puso en riesgo la vida no solamente de él sino también de dos seres humanos que se encontraban en la camioneta, pese a contar con entrenamientos y evaluaciones en la operación de camiones periódicos y permanentes.

Agregó que, pese a que no todo accidente puede considerarse como un motivo para dar por terminado un contrato de trabajo, el que siniestro acaecido el 30 de mayo de 2017 pudo ser fatal, por demás que, el actor debía tener un mayor nivel de cuidado dado el tamaño y asimetría del camión,

acatar los procedimientos de seguridad industrial, especialmente, las de dar información del accidente y socorrer a la persona que resultó lesionada.

Finalmente indicó que, no hay lugar a indemnización moratoria, ya que el 07 de julio de 2017 se consignó el correspondiente cheque a nombre del accionante, por lo que, no hay elementos atendibles para considerar que su actuar fue de mala fe.

**4. APELACIÓN DE LA SENTENCIA**

La activa expuso que, para efectos de la indemnización por despido sin justa causa, se debe tener en cuenta, que en el acta de descargos se deja evidencia que el accionante no tuvo intención de ocultar los hechos que dieron origen al accidente del 30 de mayo de 2017; y que la actuación del contratista podía haber ingresado a puntos de rampa 3 o 4 que eran los lugares más cercanos al lugar de los hechos, siendo necesario que la camioneta se estacionara totalmente en la vía, algo que no ocurrió, según registro fotográfico allegado que se anexó al reporte de seguridad.

Adujo que, pese a los entrenamientos que pudo recibir el accionante, ante la ocurrencia del accidente, hay distintas formas de reaccionar, por demás que, en ningún momento fue su intención ocultar los hechos como se explicó en acta de descargos.

Finalmente dijo que, la audiencia de descargos se llevó a cabo en un día no hábil, lo que va en contravía del procedimiento establecido en la convención colectiva, según el cual este tipo de diligencias se deben realizar en días hábiles; y que es por lo anterior, que la organización sindical SINTRAMIENERGÉTICA solicitó el aplazamiento de la diligencia de descargos para el día 05 de junio de 2017 y fue legítimo su proceder al despido, situación de la que también se dejó constancia en el acta de descargos.

**5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:**

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

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, ratificándose en los argumentos de defensa y ataque frente a la sentencia impugnada.

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

## III. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Para el caso era necesario agotar un procedimiento disciplinario con el objeto de dar por finiquitada la relación laboral entre las partes?, de ser positiva la respuesta ¿se agotó en debida forma el procedimiento para dar por terminado un contrato de trabajo?

Por otra parte, ¿son justificadas las razones que tuvo el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo del accionante?

**DESPIDO SIN JUSTA CAUSA**

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena consecuencial de pagar la indemnización por dicha circunstancia, establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entrabadas en la litis le asiste una carga probatoria diferente, así:

El Trabajador o pretensor, quien afirma haber sido despedido, debe probar el hecho del despido. Es así como debe tenerse presente que no basta con demostrar la existencia de la relación laboral y que ésta terminó, sino que debe demostrarse por parte del actor que dicha terminación debido de la decisión unilateral del trabajador.

Por su parte el Empleador o demandado tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las **SL592 de 2014, Rad. 431105 y** SL2386-2020.

**Del procedimiento disciplinario**

Al punto, es necesario precisar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la **SL15245-2014 y SL2351-2020**, ha explicado que, si bien el derecho al debido proceso en tratándose de un despido, según las voces del artículo 29 constitucional presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, en razón a que este derecho es resultado del principio de legalidad, su vulneración sólo se puede predicar, en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto o pactado expresamente un procedimiento previo para dar por terminado un contrato de trabajo.

Lo anterior no quiere decir que, al momento de llevarse a cabo un despido, el trabajador no pueda ejercer su derecho de defensa, pues el empleador al hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo lo debe realizar con base en una justa motivación, según sentencia **SL2351-2020,** y más

recientemente conforme lo dispuesto en **la SU-449 de** 2020 proferida por la Corte Constitucional.

**DEL CASO EN CONCRETO**

**De lo probado en el proceso:**

i) Javier Catalino Guette Martínez celebró contrato de trabajo a término indefinido con Drummond Ltd, para desempeñar el cargo de Operador de Camión con fecha de inicio 10 de octubre de 2012 (fl.8).

ii) El demandante se encontraba afiliado al sindicato SINTRAENÉRGETICA; situación fáctica que fue aceptada por parte de la demandada al dar contestación al hecho 15 de la demanda (fl.76).

iii) El 30 de mayo de 2017 mientras operaba el camión 2392, el accionante golpeó la parte trasera de la camioneta SV10 del contratista Servividrios, según reporte para procedimiento disciplinario (fls. 262 a 266).

iv) El 01 de junio de 2017, el actor fue llamado a rendir descargos para el día 03 de junio del mismo año, por el accidente ocurrido el 30 de mayo de 2017 (fl.9).

v) El 02 de junio de 2017, SINTRAENÉRGETICA solicitó el aplazamiento de los descargos del accionante (fl.10); requerimiento al que se accedió el mismo día, informándose al trabajador y a la organización sindical que los descargos se llevarían a cabo el 04 de junio de 2017 (fls.11 y 250).

vi) El 04 de junio de 2017 se efectuó diligencia de descargos (fls.12 a 17).

vii) El 09 de junio de 2017 se informó al trabajador la decisión de la empresa de dar por terminado su contrato de trabajo con ocasión al accidente del 30 de mayo de 2017, dada su responsabilidad en la ocurrencia de este y el alto grado de potencialidad que tuvo, así como por omitirse el protocolo de la empresa en caso de siniestros, esto es, presentando el correspondiente reporte inmediatamente al jefe inmediato, y auxiliando a la persona que resultó lesionada (fls. 18 a 22).

viii) El 07 de julio de 2017 se giró un cheque de gerencia a favor del accionante por concepto de liquidación final de prestaciones sociales (fl.292).

ix) Al interior de la empresa demandada existe una Convención Colectiva de Trabajo que rige las relaciones entre ésta y sus trabajadores (fls. 36 a 43)

x) El artículo 6° de la referida Convención Colectiva de Trabajo (fl. 37) contiene un procedimiento para la imposición de sanciones disciplinarias y terminaciones de contrato con justa causa (fls. 36 a 43).

Pues bien, en el análisis de la prueba recaudada, se advierte que el hecho generador del despido se encuentra acreditado con la carta de terminación de folios 18 a 22, en la que quedó plasmado que:

i) El 30 de mayo de 2017 mientras el trabajador operaba el camión 2392 golpeó la parte trasera del equipo liviano identificado como SV20 de la contratista "Servividrios" que estaba parqueada al lado izquierdo de la vía, lo que generó daños al equipo liviano y lesiones de uno de sus ocupantes; ii) El trabajador no detuvo el equipo ni informó sobre el accidente ocurrido; iii) El actor dejó de cumplir con su obligación de efectuar su labor con especial diligencia y cuidado, pues según declaración rendida en audiencia de descargos y reporte del siniestro, hubo responsabilidad de él en el incidente y esta fue de alta potencialidad; ello, por cuanto maniobraba un camión que por su dimensión, cualquier distracción puede provocar serias afecciones en la integridad de las personas y las cosas, al ser una operación de alto riesgo; iv) El demandante reconoció que, no reportó el accidente y que pasó por alto su deber de seguir el protocolo en estos casos, auxiliando a la persona que resultó lesionada; y v) El accionante abandonó el lugar de los hechos sin una justificación razonable, lo que no sólo desconoce su deber de atender normas de seguridad industrial sino que dificultó el trabajo del Departamento de Seguridad Industrial en su proceso de investigación del siniestro.

Así las cosas, se tiene acreditado el hecho y/o hechos generadores del despido del demandante, por lo que se procederá a estudiar si estos constituyen o no justa causa. Para cumplir tal cometido, se verificará en primer lugar si era necesario o no agotar un procedimiento previo para llevar a cabo el despido.

De esta manera, la Sala se remite al contrato de trabajo y al reglamento interno de trabajo obrantes a folio 8 y 26 a 35, en los que no se observa que obre un procedimiento para finalizar la relación laboral existente entre las partes. No obstante, en la Convención Colectiva de Trabajo 2016-2019 celebrada entre SINTRAMIENERGÉTICA y DRUMMOND LTD., visible a folios 36 a 43 y 323 a 353, que es aplicable a la accionante al hacer parte de la organización sindical en comento (situación fáctica que fue aceptada al darse contestación al hecho 15 de la demanda- fl.76,) y que fue allegada con su correspondiente depósito, en su artículo 6°, se dispone:

> "**6. PROCEDIMIENTO PARA IMPOSICIÓN DE SANCIONES DISCIPLINARIAS Y TERMINACIONES DE CONTRATO CON JUSTA CAUSA LEGAL:** Cuando la Empresa Drummond Ltd. conozca que algún trabajador subordinado ha incurrido en presunta infracción al Reglamento Interno de Trabajo vigente y aprobado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o en una causa legal de terminación o suspensión del contrato de trabajo, efectuará el siguiente procedimiento:
>
> 1.- Comunicará por escrito la presunta falta imputada al trabajador en un término no mayor a tres (3) días hábiles de oficina, para que se presente a rendir descargos en forma personal. Si el trabajador al cumplirse ese término

no se encuentra laborando, el término se correrá al primer día hábil de oficina siguiente a su reintegro.

Si el trabajador es sindicalizado, se enviará copia de la comunicación de manera simultánea al sindicato (seccional a la cual se encuentra afiliado), y si es acogido a la convención, se notificará a las seccionales de la sede de trabajo en la que labora, entendiéndose que la notificación a una sola de las seccionales es suficiente para darle validez a esta etapa del procedimiento. El sindicato a su elección, escogerá a los dos (2) representantes de la organización sindical que asistirán a la diligencia. El sindicato deberá informar en la copia de la notificación el nombre de las personas que asistirán a los descargos.

En el llamado a descargos se especificará la falta que se imputa al trabajador, con una descripción detallada de los hechos basada en el reporte del funcionario a cuya solicitud se genera la llamada de descargos, indicando además la hora, fecha y lugar en que se rendirán los mismos, siendo entendido que dichos descargos se efectuarán en horas hábiles de trabajo, siempre y cuando tanto los representantes sindicales como el trabajador en descargos desempeñen funciones en diferentes clases de equipo, excepto en los casos en que los representantes del sindicato sean miembros de la Junta Directiva de las seccionales.

El sindicato o la Empresa podrán requerir en la diligencia, la presencia del funcionario a cuya solicitud se genera la llamada a descargos. Este funcionario deberá asistir a la diligencia de descargos si se encuentra en la sede de trabajo respectiva; de no encontrarse allí, la Empresa designará otro funcionario del mimo Departamento. En el evento en que la presencia del funcionario afecte seriamente la Operación, la Empresa podrá posponer la diligencia de descargos para facilitar su asistencia.

En esta instancia del procedimiento, no se registrará copia del llamado a descargos en la hoja de vida del trabajador.

(...) 6. No producirá efecto alguno la sanción o despido que se aplique pretermitiendo el anterior procedimiento. (...)"

Sobre el procedimiento transcrito, la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia **SL1593-2020** tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el entendimiento que podía darse precisamente a tal norma convencional, al estudiar el artículo 6° de la Convención Colectiva de Trabajo 2010-2013 celebrada entre SINTRAMIENERGÉTICA y DRUMMOND LTD., que en su tenor literal es igual a la norma trasunta, señalando que:

"(...) el Tribunal concluyó que la empresa demandada sí le había dado pleno cumplimiento al procedimiento convencional previo al despido con justa causa, pues, específicamente en perspectiva del reclamo planteado por la parte demandante, la norma extralegal lo que establecía era un *término máximo* para informar adecuadamente al trabajador del inicio del trámite y del adelantamiento de la diligencia de descargos, de manera que no excluía que el acto de la comunicación se surtiera en un día festivo.

Al reflexionar de esa manera, para la Corte el Tribunal no incurrió en los errores de hecho denunciados por la censura, pues sus conclusiones emanan diáfanamente del texto de la norma convencional anteriormente transcrito.

En efecto, en los precisos términos de la norma convencional citada en líneas anteriores, cuando el empleador tiene conocimiento de alguna situación

constitutiva de falta disciplinaria o que puede dar lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa, está en la obligación de comunicar al trabajador involucrado por escrito, «*...en un* ***término no mayor*** *a tres (3) días de oficina, para que se presente a rendir descargos en forma personal...*», lo que supone, de manera racional y lógica, que cuenta con un *plazo máximo definido en días hábiles* para iniciar, de esa forma, el procedimiento, y no que el acto de la comunicación necesariamente deba llevarse a cabo en días hábiles o de oficina.

Lo anterior cobra mayor sentido si se tiene en cuenta que la norma regula situaciones propias del desenvolvimiento de relaciones laborales, en las que es posible que el trabajador sea agendado para trabajar en días no hábiles, con las limitaciones y condiciones establecidas legalmente. Nótese, precisamente, que la disposición extralegal hace referencia a lapsos en los que el trabajador se encuentra laborando, además de que, en este caso, el día de la ocurrencia del incidente investigado era festivo pero laborable para el actor y el empleador procedió al acto de la comunicación el mismo día, mientras el trabajador estaba cumpliendo sus tareas y se daban las condiciones adecuadas para su notificación.

Ahora bien, ningún elemento de la norma convencional hace suponer que, como lo defiende insistentemente la censura, el procedimiento convencional pierde toda su validez y eficacia por el hecho de que el trabajador sea informado de la diligencia de descargos en un día festivo y, contrario a ello, como lo recalcó el Tribunal, el objetivo de la disposición extralegal es simplemente el de garantizar que el interesado sea oportuna y suficientemente informado de las conductas que se le imputan, para que ejerza su derecho de contradicción y defensa durante la diligencia de descargos, además de lograr una especie de cercanía temporal entre la ocurrencia de los hechos y su investigación.

En este caso, como lo resaltó el Tribunal, el trabajador fue oportunamente informado de su citación a la diligencia de descargos, el mismo día en el que ocurrieron los hechos que dieron lugar a su despido y que, valga la pena resaltar, era un día en el que se encontraba laborando, de manera que el empleador cumplió con su carga de iniciar el procedimiento e informar al trabajador, dentro del plazo máximo de tres (3) días hábiles al que estaba sometido y que, se reitera, es lo que contempla diáfanamente la norma convencional.

Por lo demás, para la Corte la interpretación de normas convencionales como la del tipo analizado, que imponen ciertas formas y términos para llevar a cabo un procedimiento, no puede ser llevada hasta el absurdo de recrear rigorismos exacerbados e inexistentes y desquiciar sus fines racionales y lógicos, de manera que deben ser leídas de manera natural y obvia, como en efecto procedió el Tribunal."

Conforme la cita jurisprudencial que antecede, en la que se debatió un asunto con contornos fácticos similares a los que hoy ocupan la atencion de la Sala , encuentra la misma que conforme dicha interpretación puede entenderse que al hacer referencia a días hábiles de oficina, la disposición extralegal se refiere a lapsos en los que el trabajador se encuentra laborando, pues su objetivo es el de garantizar que éste sea oportuna y suficientemente informado de las conductas que se le imputan, para que ejerza su derecho de contradicción y defensa durante la diligencia de descargos, además de lograr una especie de cercanía temporal entre la ocurrencia de los hechos y su investigación.

Siendo así las cosas, la Sala examina la prueba incorporada a las diligencias, en especial la norma convencional aplicable al caso, que establece el procedimiento para dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa encontrando lo siguiente:

i) **El 30 de mayo de 2017**, el trabajador incurrió en la presunta falta imputada según reporte para procedimientos disciplinario presentado por el señor Luis Rodríguez Mestre García, líder de Producción de la Drummond (fls.262 y 263); ii) **El 01 de junio de 2017**, el accionante fue citado a rendir descargos para el día 03 de junio de 2017 en la oficina de recursos humanos de la mina "El Descanso", por los hechos acaecidos el 30 de mayo de 2017, es decir, por cuanto mientras operaba el camión 2392 golpeó la parte trasera del equipo liviano identificado como SV10 de la contratista Servividrios, hechos que generaron daños en el equipo y lesiones a uno de sus ocupantes, sin que se reportara el siniestro por parte del demandante ni brindara auxilio a la persona lastimada (fl.243); iii) **El 01 de junio de 2017** se comunicó a **SINTRAMIENÉRGETICA** la citación a diligencia de descargos del accionante (fl.244). iv) Mediante correo electrónico del **02 de junio de 2017, SINTRAMIENERGÉTICA** solicitó el aplazamiento de la diligencia de descargos (fls.247 y 248); v) **El 02 de junio de 2017**, la empresa demandada notificó al accionante y **SINTRAMIENERGÉTICA** que **el 04 de junio de 2017** se llevaría a cabo la diligencia de descargos (fls. 249 y 250); vi) **El 02 de junio de 2017 SINTRAEMERGÉTICA** confirmó la asistencia de Javier Santander y Rafael López como representantes del sindicato dentro de la diligencia de descargos del actor (fl.252); vii) **El 04 de junio de 2017** se llevó a cabo audiencia de descargos (fls.256 a 261); viii) El despido del actor se le comunicó el **09 de junio de 2017** (fls. 286 a 290); y xix) Los anteriores días eran laborales tanto para el accionante como para los representantes de la organización sindical, según información que brindó el testigo Carlos José García Emiliani.

Conforme a lo expuesto, la presunta falta ocurrió el día martes 30 de mayo de 2017; dentro de los tres días hábiles de oficina siguientes a la ocurrencia del hecho, esto es, el jueves 01 de junio de 2017 se comunicó al trabajador y a **SINTRAMIENERGÉTICA** que el primero, rendiría descargos el 03 de junio de 2017; que en la citación a descargos se especificó la falta en la que incurrió el actor, así como la hora, fecha y lugar en que se rendirían; y que los descargos se surtieron en un día y hora hábil de trabajo del accionante, así como de los dos representantes de SINTRAMIENERGÉTICA. Por tanto, el procedimiento agotado por la empresa demandada se desarrolló en debida forma, por lo que se procederá a determinar la justeza del despido.

**Acreditación de la causa del despido**

En carta de terminación del vínculo laboral visible a folios 286 a 290, la empresa demandada hace alusión a que el demandante incurrió en una violación grave de sus obligaciones reglamentarias y legales.

Al respecto, el artículo 62 del C.S.T dispone:

**"Artículo 62. Terminación del Contrato por Justa Causa.** <Artículo modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:> Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:
A). <Ver Notas del Editor> Por parte del {empleador}:
(...) 6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

Por su parte, el artículo 58 ejusdem determina:

**"Artículo 58. Obligaciones Especiales del Trabajador.** Son obligaciones especiales del trabajador:

1a. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido (...)".

En igual sentido, el Reglamento Interno de Trabajo dispone:

"**Artículo 73**. Son también obligaciones especiales del empleador:

7. Observar con suma diligencia y cuidados las órdenes e instrucciones sobre el trabajo a fin de lograr calidad y eficiencia (...).

23. Observar cuidadosamente las disposiciones de tránsito de las autoridades cuando la Empresa le confié el manejo de sus vehículos"

"**Artículo 75.** Se prohíbe a los empleados:

8. Maltratar, malgastar o poner en peligro los elementos y materiales de la Empresa".

"**Artículo 78.** Constituyen faltas graves:

(...) b. La violación grave de arte del Empleado de las obligaciones contractuales o reglamentarias o la ejecución de cualesquiera de los actos prohibidos en la Ley, el Contrato, o este Reglamento de acuerdo a sus artículos 70, 71, 72, 73, y 74.

"**Artículo 79.** Específicamente constituyen faltas graves, las siguientes conductas:

9. El no cumplimiento de las normas de seguridad que forman parte integral de este reglamento".

Ahora bien, se reitera que los hechos que dieron lugar al despido del actor son los siguientes: que mientras operaba el camión 2392 golpeó la parte trasera del equipo liviano identificado como SV20 de la contratista Servividrios, lo que generó daños al equipo liviano y lesiones de uno de sus ocupantes; que el trabajador no detuvo el equipo ni informó sobre el accidente ocurrido; que el actor abandonó el lugar de los hechos sin una justificación razonable.

Las pruebas que dan cuenta de dichos hechos son: el reporte para procedimiento disciplinario rendido por Luis Rodríguez Mestre, Supervisor Líder de Producción, quien informó, que el día 30 de mayo de 2017, el accionante se dirigía desde la Pala 6128 hasta el Loud Out # 4; que en ese trayecto , al tomar la vía perimetral y recorrer 86 mts en línea recta, el actor impactó la camioneta SV10 del contratista Servividrios; lo cual generó daños en el vehículo SV10 así como lesiones a uno de sus dos ocupantes; que el demandante no detuvo su marcha y llegó hasta el Loud Out # 4, donde es intervenido por el ingeniero Iván de Armas, quien le preguntó acerca del accidente que acababa de ocurrir, empero, el trabajador negó cualquier relación; que posteriormente el demandante fue cuestionado sobre su responsabilidad en el accidente, por parte de Emerson Fuentes, Luis Rodríguez, Alberto Ojeda, Nelson Díaz, John Ramos, y Eduard Zúñiga, negando nuevamente su participación; que sólo ante el peso de las evidencias encontradas en el camión 2392, el actor declaró estar involucrado en el siniestro; y que fue necesario suspender la operación de 34 camiones por espacio de una hora para poder identificar el camión causante del accidente, ya que, el demandante nunca manifestó su responsabilidad (fls. 262 y 263).

Igualmente se observan las siguientes *tomas de versiones,* que obran como anexos del reporte para procedimiento disciplinario rendido por Luis Rodríguez Mestre:

- Javier Catalino Guette Martínez (fl. 266), quien informó que, se encontró con la sorpresa que en la perimetral había una camioneta en la vía; que dicha camioneta la esquivó y no tenía la certeza que la había tocado; que siguió su rumbo porque se sintió nervioso y no supo qué hacer; y que tan sólo cuando se le pasaron los nervios contó lo que había ocurrido. Asimismo, obra a folio 267 prueba de alcoholemia, en la que se establece que el actor estaba apto para su labor.

- José Luis Gutiérrez Molina (fl. 272), quien informó que luego fue la persona que parqueó la camioneta de Servividrios; que puso las correspondientes luces de parqueo; que iba a revisar si en la caja tenía el gancho para meter vidrio; que estando en la parte trasera buscando la caja, sintió un golpe en la parte trasera de la camioneta y vio pasar sobre él, dos llantas de un camión; que posteriormente se giró, y vio gritando su compañero – Humberto-,

casi nos matan; que tenía la cabeza ensangrentada; y que su compañero sólo alcanzó a ver el número 22 del camión.

- Humberto Rodríguez Padilla (fl. 275), quien informó, que su compañero iba manejando una camioneta de Servividrios, y que la paró porque tenía un ruido; que estaba sentando en la silla del copiloto cuando sintió un fuerte impacto y vio un camión pasando justo por milímetros; que vio que el operado alcanzó a mirar, pero siguió su camino; que posteriormente, salió a buscar a su compañero a quien encontró acurrucado y sangrando en la parte superior de la cabeza; y que luego los auxiliaron.

- Winston Hernando Enciso Moreno (fl.276), quien informó, que observó *una cama baja Drummond* y varias personas de pie por una camioneta de un contratista que había sido chocada en su parte trasera; que se bajó y se le acercó un hombre de Transportes Montejo, quien dijo que iba a llamar a Seguridad Industrial; que vio dos hombres con uniforme de Servividrios, de los cuales, uno estaba sangrando en la cabeza y tenía la camisa rasgada; que le comentó el señor de Transportes Montejo que el accidente de la camioneta había sido con un camión; y que al sitio llegó Fidel Muñoz, Supervisor de Camiones; y que avisó por radio a su jefe de lo sucedido.

En igual sentido, se aportó además, diligencia de descargos, la que se encuentra visible a folios 256 a 261, en la que el actor manifestó que llevaba operando camión con Drummond Ltd aproximadamente cinco años; que la empresa los entrena para operar camión, para lo que se expide una certificación a nombre del trabajador; que al momento del accidente iba a 40 km/h; que el accidente ocurrió cuando iba en la vía, en un "lapso de segundo", en el que trató de esquivar la camioneta y hacer la correspondiente maniobra; que una vez ocurre un accidente se debe llamar de forma inmediata al jefe, a seguridad industrial, y al canal tres de producción, y mantener la calma; que no reportó porque los nervios no le dejaron ver la magnitud del accidente, vio la camioneta normal y entera; que era consciente que con el golpe puso en riesgo la integridad física de dos personas; que en un 80% la responsabilidad del accidente era suya; y que los hombre de Servividrios pudieron evitar el siniestro, buscando un sitio seguro, y pasando a la bahía tres o cuatro.

A la par, se allegó a folios 268 a 270, el registro de entrenamientos en el manejo de camión que tuvo el accionante de los que se puede extraer que se hicieron tres tipos de entrenamiento: operacional, regular y especial, entre los años 2012 y 2017, los cuales se impartieron así: operacional (alrededor de 1187 horas), regular (149,5 horas), y especial (75 horas).

Por otra parte, a juicio comparecieron en calidad de testigos los señores Luis Alberto Rodríguez Mestre, Nelson Enrique Diaz Mora, Jair Zapata Castillo, y Carlos José García Emiliani.

Luis Alberto Rodríguez Mestre informó, que tuvo conocimiento del accidente como Supervisor Líder, al llegar información al canal de radio de una camioneta que había sido accidentada y que uno de sus ocupantes estaba herido, tenía una pequeña laceración; que el accidente pasó el 30 de mayo del 2017 a las 13:50 horas; que dos días después presentó un informe disciplinario por los hechos ocurridos; que el camión que manejaba el trabajador era un *triple siete* con identificación 2392, que tiene una capacidad de transportar 88 toneladas; que tomar evidencias sobre lo sucedido fue algo difícil, porque el señor Guette se retiró del área, y se tuvo que obtener la evidencia parando 34 camiones en operación, y con la ayuda del sistema despatch, pues este marca la ruta de los camiones; que el día del siniestro no estaba lloviendo y las condiciones climáticas eran normales; que el vehículo que tenía señales de colisión era el camión del actor, pero hasta donde intervino, él siempre negó que hubiera sido el que causó el accidente hasta que observó el peso de la evidencia en su contra; que según los reglamentos de la empresa, lo que primero tiene que hacer un trabajador cuando se accidenta, es informar, reportar y tomar el liderazgo como primer respondiente, por ende, tenía que dejar el camión quieto y auxiliar a quienes resultaron heridos; y que los trabajadores tienen entrenamientos desde que ingresan a la compañía, y que estos se reiteran periódicamente.

Nelson Enrique Díaz Mora, manifestó que es Supervisor Mayor de Seguridad Industrial de Drummond Ltd; que pertenece al área encargada de recibir los reportes de los accidentes; que el 30 de mayo de 2017 se presentó un accidente de una camioneta que fue golpeada por la llanta número 1 o delantera izquierda de un camión triple siete, siendo informados por la persona que estaba en campo de seguridad industrial; que no encontraron el camión en el sitio de colisión; que resultó una persona herida; que siempre ha habido un curso de manejo preventivo y defensivo, en el que se enseña, entre otras cosas, las normas de manejo defensivo para evitar colisionar con equipos, identificar en qué condiciones está la vía y su estado, y que en caso de accidente se debe notificar el accidente, prestar ayuda si es posible, y no mover los equipos; que los conductores son reentrenados periódicamente; que el camión triple siete tiene una altura de seis metros y un ancho de seis metros con 50 cm, las llantas de este vehículo pueden medir tres metros. Y pueden cargar 80 toneladas de carbón aproximadamente; y que la empresa tiene ayudas para identificar vehículos, tales como, cintas reflectivas alrededor, nombres de las empresas, antena de una altura de 4,20 cm.

Jair Zapata Castillo adujo que, el despido del actor es consecuencia de un incidente de alto potencial en el que colocó no solo su integridad física en peligro sino también de las otras personas, al colisionar el camión que manejaba con una camioneta de Servividrios; y que el conducto regular es que el empleado comunique a cualquier persona que está en el momento, los más importante es que los trabajadores resulten bien de salud, y no haya heridos.

Finalmente, Carlos José García Emiliani indicó que, el actor fue despedido por un accidente el 30 de mayo de 2017, en el que impactó una camioneta de un contratista, aunado a que no reportó el incidente y se dio

a la fuga, que los conductores de estos camiones reciben entrenamiento, hay un área para tal fin, y a ellos se les certifica; que el demandante aceptó los hechos; que accidentes de alto potencial son aquellos en que incluso puede haber una fatalidad, en ellos, se pone en riesgo la integridad de las personas; y que cuando ocurre un accidente, el procedimiento que se debe hacer es parar y reportar inmediatamente.

Conforme al acervo probatorio narrado, es claro que el accionante pese a tener cinco años de experticia en la conducción de camiones de altas dimensiones, y haber sido entrenado por la empresa demandada, propició un daño en un vehículo adscrito a un contratista de la Drummond Ltd (Servividrios), al no obrar con el suficiente cuidado y pericia en la labor que estaba a su cargo, pues debía maniobrar un vehículo de importantes dimensiones, siendo la responsabilidad del siniestro en un 80% imputable a él, tal y como el mismo manifestó al rendir descargos.

Aunado a lo anterior, dilucidado está, que el accidente también puso en riesgo su vida y la de los ocupantes de la camioneta del contratista Servividrios identificado como SV10, resultando uno de ellos herido con una laceración en la cabeza. A la par, lo que resulta más gravoso, es que el accionante omitió dar cumplimiento a los protocolos de la compañía, abandonando el lugar de los hechos, situación con la que no sólo impidió que la investigación del siniestro se llevara a cabo de forma ágil y rápida, sino que omitió el deber de auxilio y ayuda de aquellos seres humanos que hubiere podido lesionar con su actuar.

Así las cosas, considera la Sala que en efecto la decisión de terminar el contrato de trabajo por parte de la compañía se encuentra ajustada a derecho y se constituye en una falta grave de sus obligaciones, especialmente la de observar las normas de seguridad industrial que sobre la materia tenía impartida la empresa demandada, dado que **en primer lugar** quedó en evidencia que no actuó con cuidado y diligencia, pues recuérdese que la actividad de la conducción es de por sí una actividad peligrosa y en tratándose de la conducción y maniobra de un camión de tamaña dimensión, las distracciones pueden resultar trágicas e irremediables por ser una operación de alto riesgo, por lo que en la ejecución de la labor debió tener extrema diligencia y cuidado; **en segundo lugar**, desconoció su deber de atender normas de seguridad industrial y del reglamento interno de trabajo que le imponían avisar inmediatamente del evento, y dejar detenido el vehículo; lo que dificultó el trabajo del Departamento de Seguridad Industrial en su proceso de investigación del siniestro y **en tercer lugar**, pese a ocasionar un accidente por su falta de diligencia y cuidado omitió su obligación de ayuda a las personas que resultaron heridas.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia venida en apelación por encontrarse ajustada a derecho.

## IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

## V. DECISIÓN

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

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

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

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

Los Magistrados,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA** **DAVID A.J CORREA STEER**

**AUTO**

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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**
**Magistrada Sustanciadora**

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

Discutido y Aprobado según Acta No 008

## I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA LILIA MORENO DE LEÓN** promoviese contra **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES- FONCEP - y ANA JUDITH BARRAGÁN.**

## II. ANTECEDENTES

### 1. HECHOS

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, a partir del 27 de octubre de 2018, junto con el correspondiente retroactivo debidamente indexado.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta, que convivió con Luis Antonio León Rodríguez desde el 02 de julio de 1966, unión de la que nacieron siete hijos. Igualmente, explicó que el 23 de octubre de 2003 firmó con el señor León Rodríguez acta de conciliación en la que decidieron liquidar la sociedad conyugal, sin que se hubieren divorciado, así como pese a lo anterior siguió dependiendo económicamente del causante y se mantuvo la ayuda y el socorro mutuo entre ellos.

## 2. ACTUACIÓN PROCESAL.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

**Ana Judith Barragán** (fls. 73 a 90), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las que denominó inexistencia del derecho reclamado, pérdida del derecho pretendido, y mala fe de la demandante.

Expuso que tuvo una unión marital de hecho con el causante desde el año 1993, relación de la que nació un hijo.

Dijo que, la demandante y el causante celebraron un acta de conciliación en la que decidieron disolver y liquidar la sociedad conyugal, renunciando la actora a iniciar cualquier reclamación judicial y/o extrajudicial por la vía civil, laboral, penal o de familia relativas a las divergencias que surgieron de su relación.

Adujo que, la entidad encargada de hacer la investigación para el reconocimiento de la prestación, Cosiente Ltda, encontró que la demandante no convivió con el causante durante los últimos cinco años anteriores a su fallecimiento.

Finalmente expresó que, se debe cumplir el requisito de convivencia de por lo menos los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante.

Por su parte, el **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES- FONCEP,** (fls. 137 a 151), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó aplicación de las normas relativas a la sustitución de la prestación al momento de la muerte del causante, inexistencia de la obligación demandada, pago de la sustitución pensional del causante Luis Antonio León Rodríguez, carencia absoluta al cobro de intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y la genérica.

Señaló que, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes obedeció a lo que se estableció en la investigación realizada por la firma Cosiente Ltda, reconociéndose en un 100% la prestación a favor de la señora Ana Judith Barragán.

Manifestó que, la accionante debe demostrar que convivió con el causante durante los últimos cinco años anteriores a su fallecimiento, por demás que, no se evidencia que durante el tiempo de la separación con el causante se hubiera conservado un vínculo afectivo de colaboración y permanencia.

Concluyó indicando que, operó la prescripción de las mesadas pensionales dejadas de cobrar por espacio de tres años.

**3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El ***A quo*** dictó sentencia absolutoria.

En síntesis, refirió que, no existe controversia en cuanto a que el causante era **pensionado** de la Caja de Previsión Social de Bogotá, y que falleció el 27 de octubre de 2018, por lo que, las reglas sobre las cuales se debe estudiar la prestación de sobrevivientes es la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003.

Indicó que, conforme jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se deben demostrar cinco años de convivencia, en los que debe existir comunidad de vida, apoyo mutuo, económico y espiritual, y la comprensión de una vida en pareja; que respecto de la cónyuge los cinco años de convivencia son en cualquier tiempo; que en caso de pluralidad de relación se debe reconocer la pensión de sobrevivientes en forma proporcional a la convivencia que se hubiere tenido con sus acompañantes sentimentales con comunidad de vida; que es condición para la cónyuge que el vínculo se encuentre vigente, respecto a lo que la Corte Constitucional en sentencia C-515 de 2019, en la que se advirtió que, es necesario que exista el relación patrimonial en vigor, esto es, que no se hubiere disuelto sociedad patrimonial; y que del acervo probatorio se logra extraer que desde 2003 entre la actora y el causante no había convivencia, diferente a un auxilio económico, existiendo entre ellos la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial.

**4. APELACIÓN**

El apoderado de la parte demandante expuso, que hay un error de interpretación de las sentencias de las altas cortes, pues de lo que se habla es que la convivencia de cinco años deba ser en cualquier tiempo, no se determina que la sociedad conyugal esté liquidada, estando la relación vigente pues nunca hubo divorcio entre el causante y la actora.

Dijo que, se demostró la convivencia por un término de 37 años; que se mantuvo entre el causante y la actora un vínculo afectivo así no hubiera convivencia con él, pues se veían fines de semana y se veían en la finca, y los testigos eran muy claros en tal aspecto -lo que ha sido respaldado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia-; que el concepto de familia no puede ser tan riguroso, afirmando que actualmente se está hasta hablando de familia de multiespecie; de manera que, el derecho tiene que estar adecuado a la realidad social, no se puede ser exegético, encontrándose mil situaciones; resaltando que en el caso no hubo divorcio, pero la relación afectiva entre causante y la actora, nunca desapareció, existiendo ayuda mutua, compartiendo en reuniones de familia, de lo que dieron fe cada uno de los testigos.

Finalmente agregó que, la demandante también se encuentra en una edad que genera una mayor protección.

## 5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

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

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la actora y FONCEP, oportunidad en la que ratificaron respectivamente sus argumentos de inconformidad y conformidad con la sentencia.

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

## III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si la señora María Lilia Moreno de León tiene derecho a la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimiento de su cónyuge Luis Antonio León Rodríguez pese a haberse disuelto y liquidado la sociedad conyugal que existía entre ambos.

### De la pensión de sobrevivientes

Lo primero por precisar es que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias del 02 de marzo de 2007, 29 de noviembre de 2011, 21 de marzo de 2012 y 30 de enero de 2013, Rads. 27593, 40.055, 43.572 y 41024, respectivamente, así como más recientemente en la SL4261-2020.

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor León Rodríguez - 27 de octubre de 2018 - la norma que gobierna el asunto bajo estudio es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que indica:

"Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

*a)* En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;"

*b)* (...) Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente"

Como es sabido, cuando el afiliado o pensionado fallece en vigencia de los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, modificatorios de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, los miembros de su grupo familiar, están llamados a beneficiarse de la pensión de sobrevivientes, siempre y cuando se acrediten las condiciones que ambos artículos establecen.

En ese sentido, conforme al artículo 47, en tratándose del deceso del pensionado, quien aspire al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge supérstite, está en el deber de probar *(i)* que mantuvo vigente el vínculo matrimonial con el causante hasta el día del fallecimiento y *(ii)* que convivió él, de manera real y efectiva, durante un lapso no inferior a 5 años continuos con anterioridad a su muerte.

Con todo, aunque la pertenencia al grupo familiar del causante es la regla general para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, con fundamento en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, literal b), inciso 3°, jurisprudencialmente fue establecido como excepción, que el cónyuge separado de hecho puede acceder a la gracia pensional cuando ha contribuido a la construcción del derecho.

Lo precedente, según se dijo en las sentencias CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 40055 y CSJ SL, 24 ene. 2012, rad. 41637, entre otras razones, con la

finalidad de romper la inequidad sufrida por quien en virtud de un contrato matrimonial, entregó parte de su existencia a un proyecto de vida común; la cual se hace más evidente, en el caso de la mujer, quien históricamente ha sido relegada al trabajo doméstico no remunerado o actividades relacionadas en las que no se ampara el riesgo de la pérdida del ingreso, por las contingencias asociadas a la vejez, la invalidez o la muerte.

De ahí, que a partir de ese momento, de manera reiterada e invariable[1] se haya admitido que la convivencia de mínimo 5 años entre cónyuges puede ser acreditada **en cualquier tiempo**.

Con posterioridad, el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, en su especialidad laboral, en sentencia CSJ SL12442 de 2015, argumentó que dicha hermenéutica no respondía al imperativo de hacer efectivo el bien jurídico protegido; que para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes se exige ser miembro del grupo familiar del pensionado o afiliado que fallezca; y que en ese orden, el amparo a los cónyuges separados de hecho, únicamente es concebible, cuando quien reivindica el derecho merece la protección por haber mantenido vivo y actuante el vínculo de familia, mediante la comunicación, el auxilio mutuo u otras expresiones de su vigencia, más allá del rompimiento de la convivencia.

No obstante, tal condición fue revaluada de manera reciente por el órgano de cierre de esta especialidad.

En efecto, en **sentencia CSJ SL5169 de 2019, reiterada en otras como las SL855-, SL764-, SL662 , SL100 y SL229 todas de 2020**, expresamente indicó que la vigencia de los lazos familiares no son un requisito para que el cónyuge separado de hecho acceda a la pensión de sobrevivientes: ***primero***, porque no está consagrado en como tal en la disposición que regula este supuesto; ***segundo***, porque *"de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social"*; ***tercero***, porque resulta contrario a los principios de igualdad y equidad de género; y ***cuarto***, porque de esta manera no se invisibilizan las circunstancias que rodean la cesación de la vida en comunidad entre esposos, las cuales, precisamente, son las que habilitan el rol del juez como intérprete de la norma frente a escenarios no previstos por el legislador.

En conclusión, acorte con la reciente postura de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que éste juez plural comparte, se tiene que a efectos de reconocer la pensión de sobrevivientes, al cónyuge con

---

[1] Véanse, entre otras, las sentencia CSL SL773-2020, CSJ SL694-2020, CSJ SL4994-2019, CSJ SL5169-2019, CSJ SL2010-2019, CSL SL5353-2018 y CSJ SL3322-2018.

unión matrimonial vigente, con disolución y liquidación de la social conyugal, le basta con acreditar la convivencia de 5 años con el afiliado o pensionado en cualquier época.

Finalmente resulta pertinente además precisar que, en sentencia **SL1730-2020,** la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, rectificó su jurisprudencia en lo relativo al requisito de convivencia de la pareja, en aras a determinar cuál es el verdadero alcance del régimen de convivencia de cinco años, señalado en la norma, en tanto que hasta tal calenda se exigía convivencia de cinco años indistintamente para afiliados y pensionados, para concluir que, el requisito de la convivencia sólo se fija para el caso de los **pensionados**, de manera que para los afiliados, *"no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia".*

**EL CASO CONCRETO**

**De lo probado en el proceso**

i) Luis Antonio León Rodríguez falleció el 27 de octubre de 2018, tal y como da cuenta el registro civil de defunción obrante a folio 3.

ii) El causante era pensionado, ya que, le fue reconocida pensión de vejez por parte de la Caja de Previsión Social del Distrito de Bogotá, según Resolución 00757 de 1993, documental que obra en el medio óptico de folio 155.

iii) María Lilia Moreno de León contrajo nupcias con el causante, según registro civil de matrimonio obrante a folio 7 el día 02 de julio de 1966.

iv) También se encuentra acreditado que la demandante y so cónyuge, hoy fallecido, decidieron de mutuo acuerdo disolver y liquidar la sociedad conyugal el 30 de octubre de 2003, elevándose tal acto a la Escritura Pública 4458 de 2003, tal y como da cuenta la documental de folios 95 a 99.

v) Que la demandante solicitó a la entidad demandada la pensión de sobrevivientes el **día 06 de noviembre de 2018** conforme la Resolución SPE- GDP N° 0001624 del 19 de diciembre de 2018 obrante a folios 8 a 12, empero negó mediante dicho acto administrativo la prestación, por no acreditarse los últimos cinco años de convivencia con el causante.

vi) Que a la entidad demandada se presentó igualmente la señora Ana Judith Barragán, a reclamar la sustitución pensional el día

> **20 de noviembre de 2018** según Resolución SPE- GDP N° 0001624 del 19 de diciembre de 2018 obrante a folios 8 a 12, y que la entidad demandada a través de este acto administrativo le reconoció a ésta la pensión de sobrevivientes, o sustitución pensional, en calidad de compañera permanente del causante, en un porcentaje del 100%.

Conforme los hechos probados y que no son objeto de controversia en este proceso, procede la Sala a verificar si se acreditaron los supuestos fácticos necesarios para que la demandante - en su calidad de cónyuge separada de hecho, pero con vínculo matrimonial vigente - sea reconocida como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimiento de su cónyuge pensionado, tal como lo disponen las disposiciones legales y jurisprudenciales que regulan el caso.

En lo que respecta a la calidad de beneficiaria, que la demandante aduce tener como cónyuge supérstite, se tiene que esta condición quedó probada con el registro de matrimonio obrante a folio 7; el cual, por carecer de notas marginales o la inscripción de actos o providencias indicativas de la cesación de efectos civiles del matrimonio católico contraído en el año 1966, permite colegir que el vínculo matrimonial se mantuvo vigente hasta el óbito del señor Luis Antonio León, pese a que la pareja en el año 2003, decidió de mutuo acuerdo disolver y liquidar la sociedad conyugal, el 30 de octubre de 2003, (folios 95 a 99).

Lo anterior, conforme lo ha enseñado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, quien ha expuesto desde la sentencia del 13 de marzo de 2012, rad. 45038, que el referente para determinar el derecho del cónyuge supérstite separado de hecho o de cuerpos a la pensión de sobrevivientes, es la subsistencia del vínculo matrimonial, es decir que no haya divorcio, *"por lo tanto, otras figuras del derecho de familia, tales como la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes en clave a la adquisición del derecho"* (SL3505-2018, SL3405-2018, SL1399-2018, SL14498-2017, SL18068-2016, SL2335-2019), siempre que se compruebe la convivencia entre los contrayentes durante el lapso y las condiciones que exige la ley. La H. Corte preciso:

> "Al compás de lo anterior, no es adecuado atar el derecho a la pensión de sobrevivientes a la pervivencia de la sociedad conyugal o de la sociedad de bienes, figuras que responden a contenidos netamente económicos, sino más bien a la vigencia del contrato matrimonial, dado que es esta unión la que confiere derechos y asigna obligaciones personales y subjetivos a los consortes, y, por consiguiente, permite incluirlos como miembros de su grupo familiar".

Y en sentencia SL480-2020 en un caso de similares connotaciones dijo:

> "Así las cosas, si bien el Tribunal hizo una lectura correcta de las pruebas obrantes en el expediente, concretamente, la que obra folio 49 del plenario, en la que consta la celebración del matrimonio católico entre Édgar Caicedo y Vitalina Díaz, el 28 de junio de 1979, con la anotación al pie de página, en la que se precisa «decretada disolución y liquidación sociedad conyugal mediante escritura pública 2397 del 16 de julio de 1998», se equivocó al considerar que ésta última circunstancia, excluía a la actora como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de su esposo pues, mientras el vínculo matrimonial se mantuviera vigente y aquella demostrara cinco años de convivencia en cualquier, tenía derecho a su reconocimiento de manera proporcional.
>
> **Se insiste, lo que le permite al cónyuge separado de hecho o de cuerpos acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigencia del vínculo matrimonial, el cual subsiste incluso, ante situaciones jurídicas relacionadas con la separación de bienes o, como en el presente caso, ante la disolución o la liquidación de la sociedad conyugal, pues dichas figuras no descartan la posibilidad de adquirir ese derecho".**
>
> Entonces, como quiera que el Tribunal consideró que la liquidación de la sociedad conyugal de la cónyuge y el causante –que es un aspecto meramente patrimonial- era motivo suficiente para que la primera no accediera al derecho pretendido, resulta evidente la comisión del yerro jurídico denunciado, al dársele un alcance restrictivo a las normas aplicables al presente asunto. (Subrayado y Negrilla por la Sala).

Ahora bien, en cuanto a la convivencia mínima de 5 años que exige el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y que como se esbozó, puede verificarse en cualquier tiempo; al realizar una valoración conjunta de los elementos de convicción, emerge sin vacilación alguna que, como mínimo, la pareja mantuvo una comunidad de vida estable, permanente y firme, desde el momento en que contrajeron matrimonio en junio del año 1966, y por lo menos hasta el año 2003, fecha en la que resuelven liquidar y disolver la sociedad conyugal y cesar la convivencia tal como se dejó claro en la Escritura Pública 4458 de 2003 en la que se dispuso: (fls. 95 a 99

> "(...) 2. De común acuerdo los cónyuges deciden establecer vivienda separada, es decir **no convivir más bajo el mismo techo, a partir del dúa 10 de noviembre de 2003**. Fecha en la cual el señor LUIS ANTONIO LEÓN RODRÍGUEZ, se retirará de la casa que hasta hoy ha sido el hogar conyugal".

Adicional a lo hasta acá encontrado, la conclusión de la Sala encuentra respaldo en la documental de folio 7, registro civil de matrimonio del causante y de la demandante del día 02 de julio de 1966, además del hecho de la procreación de siete hijos y de la testimonial de los señores John Freddy Prieto Rojas, Jorge Eliecer Pulido Borreros, y Claudia Milena León León, declaraciones que la Sala advierte contestes, espontáneas e hilvanadas y de las cuales se logra extraer que el causante estuvo en su hogar conviviendo con la demandante hasta el momento de la disolución y

liquidación de la sociedad conyugal; y que si bien se frecuentaban con posterioridad a tal acto, de sus declaraciones únicamente se puede establecer que perduró una relación de afecto entre ellos, así como de una colaboración económica, siendo sus encuentros con ocasión y con fines de índole familiar.

De lo dicho hasta aquí, se tiene que la convivencia conyugal se habría extendido durante un periodo cercano a 37 años, desde el año 1966 hasta el año 2003; tiempo más que suficiente, para tener por cumplido el requisito mínimo de los 5 años de convivencia en cualquier tiempo.

Así mismo teniendo en cuenta que conforme a la Resolución GDP N° 0001624 de 2018, el señor Luis Antonio León gozaba de una pensión de jubilación, que le fue reconocida mediante Resolución 00757 de 1994, a partir del 03 de diciembre de 1992 (fls. 8 a 12); también resulta claro que su cónyuge, la señora María Lilia Moreno coadyuvó a la realización de los aportes con los que se construyó el derecho pensional en contienda, ya que decidieron de mutuo acuerdo disolver y liquidar la sociedad conyugal el 30 de octubre de 2003, elevándose tal acto a la Escritura Pública 4458 de 2003, tal y como da cuenta la documental de folios 95 a 99. .

Conforme lo antes expuesto, definida la pertinencia del derecho de la demandante, resulta imperioso abordar la situación de la señora **Ana Judith Barragán** (co- demandada) a quien se recuerda, la entidad demandada FONCEP viene reconociéndole la sustitución pensional del causante desde la fecha del fallecimiento de éste, por cuanto evidente resulta que su derecho será modificado, conforme las resultas probatorias precedentes.

En análisis encuentra la Sala que, según su dicho en interrogatorio de parte, la señora Barragán convivió con el causante alrededor de 15 años y que los seis años anteriores fueron "como novios", último lapso en el que no se podría establecer una comunidad de vida en los términos anteriormente indicados. Asimismo, comparecieron en calidad de testigos Claudia Patricia Vela y Gladys Ramírez Urriago, quienes fueron contestes en manifestar que conocieron a la demandante en 2003; que desde esa época les consta la convivencia que esta tuvo con el causante; que de esa unión nació un hijo; y que fue Ana Judith Barragán quien acompañó al causante en las consultas médicas y atención hospitalaria cuando su salud empezó a deteriorarse.

Del mismo modo, en el expediente obra declaración extraprocesal que en vida rindió el causante el 28 de mayo de 2016, en la que manifestó que su convivencia con la Ana Judith Barragán fue de 20 años (fls.113 y 114). En igual sentido se arrimaron las declaraciones extraprocesales de las señoras Ana Judith Barragán, Claudia Patricia Vela Vela, y María Estella

Ruiz Sandoval precisando que éstas últimas únicamente dieron cuenta de 16 años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante (fls. 133 a 136). Adicionalmente obra documental consistente en dos Informes Técnicos de Investigación de la firma **COSIENTE LTDA**, que se avizoran en el medio óptico de folio 155, empresa que fue contratada por el **FONCEP** para establecer quiénes de las personas que figuraban como solicitantes acreditaban convivencia dentro de los últimos cinco años anteriores al fallecimiento del causante, resultando en el caso de Ana Judith Barragán que se podía deprecar tal situación aproximadamente desde el año 2002.

Conforme el material probatorio, la Sala concluye que en efecto entre el causante y Ana Judith Barragán existió convivencia en unión marital de hecho que se extendió por el tiempo aproximado de quince (15) años, teniendo en cuenta la calenda de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal efectuada entre éste y la señora Maria Liliam Moreno, y el fallecimiento de éste, esto es 14 años, 11 meses, 18 días, conclusión que además tiene soporte en la mismas afirmaciones de la señora Barragán al rendir interrogatorio de parte, donde afirmó que la convivencia con el causante se dio por espacio de 15 años, por lo que la Sala tendrá en cuenta lo anterior en la liquidación de la proporción correspondiente la cantidad de años inicialmente indicada.

Así las cosas, le corresponde a la señora María Lilia Moreno de León la prestación en una proporción del **71,35%,** y a favor de Ana Judith Barragán de un **28,65%.** En consecuencia, se REVOCARÁ la sentencia, y en su lugar se CONDENARÁ al FONCEP a efectuar el reconocimiento y pago de una pensión en los porcentajes anteriormente aludidos.

**Fecha de reconocimiento, retroactivo y prescripción.**

En consideración a que el fallecimiento del causante fue el 27 de octubre de 2018, es a partir de dicha data que se debe reconocer la prestación, pues esta se causó por la defunción del señor Luis Antonio León Rodríguez, por lo que así se ordenará.

Ahora bien, en relación con el **retroactivo** a que tiene derecho la cónyuge del causante, María Lilia Moreno de León, debe recordarse que la prestación viene siendo pagada en un 100% a la señora Ana Judith Barreto, lo que en principio impondría que solo se adeude desde la fecha de la firmeza de esta decisión por cuanto la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que, cuando la entidad de seguridad social de buena fe paga la prestación a los beneficiarios a quienes creyó deberles, no hay lugar a pago de retroactivo a cargo de la entidad pagadora, pues se podría incurrir en una doble carga (mirar sentencias del 12 marzo de 1999, rad. 11326, que reitera la del 25 de julio de 2012, rad 37497, SL4481-2020 y SL541-2021).

No obstante, en los casos en los que existe controversia o conflicto respecto de pretendidos beneficiarios de una pensión de sobrevivientes, el artículo 6 de la Ley 1208 de 2004, que señala lo siguiente:

> "**ARTÍCULO 6o. DEFINICIÓN DEL DERECHO A SUSTITUCIÓN PENSIONAL EN CASO DE CONTROVERSIA.** En caso de controversia suscitada entre los beneficiarios por el derecho a acceder a la pensión de sustitución, se procederá de la siguiente manera:
>
> Si la controversia radica entre cónyuges y compañera (o) permanente, y no versa sobre los hijos, se procederá reconociéndole a estos el 50% del valor de la pensión, dividido por partes iguales entre el número de hijos comprendidos. El 50% restante, quedará pendiente de pago, por parte del operador, mientras la jurisdicción correspondiente defina a quién se le debe asignar y en qué proporción, sea cónyuge o compañero (a) permanente o ambos si es el caso, conforme al grado de convivencia ejercido con el causante, según las normas legales que la regulan. Si no existieren hijos, el total de la pensión quedará en suspenso hasta que la jurisdicción correspondiente dirima el conflicto."

En igual sentido, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como **SL4099-2017, SL870-2018, SL1964-2018, SL1183-2019 y SL1346-2020** ha explicado que, ante un conflicto entre potenciales beneficiarios, la entidad administrativa debe suspender el trâmite hasta cuando la justicia ordinaria decida a quién le corresponde el derecho pensional; y que al advertirse la existencia de otro posible beneficiario, con pruebas plausibles que soportaban su reclamo, el acto de la entidad pensional se torna ligero, cuando mantiene su decisión de reconocer la pensión a uno de los beneficiarios, de manera que, de tal actuar no es posible predicar una buena fe exenta de culpa y, en esa medida, la conclusión jurídicamente razonable es que la conducta de la administración no puede afectar el derecho de la verdadera beneficiaria, siendo su responsabilidad perseguir los dineros que pagó sin que hubiera causa para ello.

Así las cosas, como en este caso se observa que la señora Ana Judith Barragán efectuó solicitud de reconocimiento prestacional el día 20 de noviembre de 2018 (fls. 8 a 12) y que la señora María Liliam Moreno el día 06 de noviembre de 2018 (fls. 8 a 12) no existe duda en que era deber de la entidad suspender *el trámite* del reconocimiento de la pensión, mientras la justicia ordinaria resolvía de fondo el derecho. Dicho de otra manera, al ente pagador de la pensión le correspondía actuar con riguroso apego a la ley, de manera cauta y responsable frente a las obligaciones del sistema de seguridad social integral, conforme las cuales era su deber una vez conoció de la existencia de las dos posibles beneficiarias, suspender el trámite de reconocimiento de la pensión hasta tanto la jurisdicción ordinaria resolviera el conflicto; sin embargo resolvió, contra ley (Ley 1204 de 2008, artículo 6 ) pagar la prestación a Ana Judith Barragán asumiendo el riesgo que ello

conllevaba, de modo que, deberá asumir el pago de la prestación a la cónyuge en la proporción que le corresponde **desde la fecha del fallecimiento del señor León.**

Finalmente, y en lo que respecta a la prescripción del anterior retroactivo, toda vez que, se demandó el 29 de mayo de 2019 (fl.67), esto es, dentro de los tres años de que trata el artículo 488 del C.S.T, es claro que, no operó tal fenómeno extintivo.

**Indexación**

En lo que concierne a la indexación la Sala considera que es dable ordenar su imposición, al ser un mecanismo que busca evitar la pérdida del poder adquisitivo por el fenómeno de la depreciación de la moneda, y por tratarse de un hecho de conocimiento público y notorio, según lo advertido por la Sala de Casación Laboral de H. Corte Suprema de Justicia, en múltiples sentencias como la del 14 agosto de 2012, Rad. 41522. Por ende, se ordenará el reconocimiento de la prestación debidamente indexado.

## IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en ambas instancias a cargo de las demandadas.

## V. DECISIÓN

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

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

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

**A. CONDENAR** al Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones FONCEP a reconocer y pagar pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del pensionado Luis Antonio León Rodríguez, a partir del 27 de octubre de 2018, así: A favor de María Lilia Moreno de León, en un porcentaje del 71,35%, y a favor de Ana Judith Barragán, en un porcentaje del 28,65%.

**B. CONDENAR** al Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones FONCEP a reconocer y pagar a favor de María Lilia Moreno de León, el retroactivo que surja a su favor desde el 27 de octubre de 2018 y hasta cuando sea incluida en nómina de pensionados, debidamente indexado.

**C. DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones incoadas por las demandadas, especialmente la de prescripción.

**SEGUNDO. -** Costas en ambas instancias a cargo de las demandadas.

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

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de $ 900.000 a cargo de las demandadas.



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**
Magistrada Sustanciadora.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 008

## I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados de Colpensiones, Porvenir S.A y Skandia Pensiones y Cesantías S.A, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de agosto de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que MARÍA LOURDES REINA FRANCO promoviese contra SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, PORVENIR S.A, y COLPENSIONES.

## II. ANTECEDENTES

### 1. Hechos

En lo que interesa para resolver la instancia, la parte actora pretende se declare la *"nulidad"* o la ineficacia del traslado de régimen que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Porvenir S.A. Como consecuencia de ello, solicita que Skandia Pensiones y Cesantías S.A traslade a Colpensiones la totalidad de la cuenta de ahorro individual de la accionante junto con los rendimientos e intereses; y que Colpensiones actualice la historia laboral.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta, la falta de información a la demandante, de parte de las demandadas, al momento de efectuarse los correspondientes traslados.

**2. Actuación Procesal.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**Colpensiones (fls. 78 a 81),** se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, p declaratoria de otras excepciones.

Expuso que carece de legitimación para pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda, como quiera que en la afiliación efectuada por la actora con Porvenir S.A, no tuvo injerencia alguna.

Agregó que, como no se aportó prueba que permita establecer que el traslado estuvo afectado con algún vicio del consentimiento, se presumen que la afiliación goza de plena validez y legalidad, por lo que, no podría la accionante trasladarse al faltarle menos de 10 años para cumplir la edad de pensión.

Por su parte, **Skandia Pensiones y Cesantías S.A (fls. 102 a 122),** de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

Expuso que, no fue la administradora encargada del traslado de la accionante al RAIS.

Expresó que, le brindó a la demandante toda la información a la que estaba obligada de manera clara y suficiente, muestra de ello, es que suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación; que no obra prueba de la que se pueda establecer que la demandante tuvo una incapacidad relativa al momento de la celebración del contrato; que el dolo para que proceda debe ser tal suficiencia que sin él, la accionante no se hubiera afiliado; que no se puede predicar un error de derecho, como quiera que, la actora con posterioridad al traslado continuó realizando aportes y efectuando nuevos traslados; que el error de derecho no vicia el consentimiento, siendo deber de la demandante verificar la información que le fue suministrada; y que la fuerza no se alega.

Apuntó que, el deber de asesoría en los términos que los plantea la parte actora, según la Superintendencia Financiera mediante Concepto 2015123910 de 2015, únicamente fue previsto cuando se creó el sistema de información al consumidor financiero, esto es, con la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010.

Enunció que, el término prescriptivo es de un máximo de cuatro años conforme al artículo 1750 del C.C.

Explicó que, de existir una nulidad está ya se encuentra saneada, pues han transcurrido un poco más de 15 años.

Finiquitó señalando que, no es posible aplicar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como quiera que, la accionante al momento de su traslado contaba con una mera expectativa, y las sentencias de dicha corporación han protegido a personas con expectativas legítimas o con régimen de transición.

Finalmente, **Porvenir S.A** (fls170 a 178) también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, y la innominada o genérica.

Expuso que, la selección de cualquiera de los regímenes pensionales se hace de manera libre y voluntaria, lo que quedó plasmado en el formulario de afiliación, por demás que, este cumple los requisitos del Decreto 692 de 1994, y la actora tuvo la oportunidad de leerlo, preguntar, sustraerse de firmar, e inclusive de hacer uso del derecho de retracto.

Añadió que, sus asesores comerciales encargados de promover capacitaciones reciben permanentemente capacitación, y son enfáticos en señalar que en manos de afiliado está su pensión, por lo que es imperativa la planeación y el ahorro, y se recomienda realizar aportes de forma constante y efectuar aportes voluntarios, lo que podría conllevar a que el afiliado que pueda lograr una pensión más alta y a la edad que escoja, por lo que no puede tildarse de falsas tales manifestaciones por parte de un asesor del RAIS.

Apuntó que, el deber de asesoría en los términos que los plantea la parte actora, según la Superintendencia Financiera mediante Concepto 2015123910-002 de 2015, únicamente fue previsto cuando se creó el sistema de información al consumidor financiero, esto es, con la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010.

Indicó que, mediante Circular 01 de 2004 que fue amplia circulación en periódicos como El Tiempo, se puso de presente los cambios que trajo la expedición de la Ley 797 de 2003, señalándose la posibilidad de traslado sin que dicha herramienta fuera usada por la demandante.

Explicó que, no hubo error, dado que la demandante pretendió afiliarse al RAIS; que la carga de la prueba según el Código de Comercio recae en cabeza de quien alega la culpa o la mala fe.

Finalmente señaló que, no es posible aplicar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como quiera que, en esta se protege a personas con derechos adquiridos, expectativas legítimas o con régimen de transición, no obstante, la accionante al momento de su traslado no estaba en ninguna de tales situaciones; y que el término prescriptivo es de un máximo de cuatro años conforme al artículo 1750 del C.C.

## 3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

> ***PRIMERO. – DECLARAR*** *la ineficacia del traslado que hiciere la demandante al RAIS a través de Porvenir S.A el 01 de enero de 1997 y de contera las realizadas a Horizonte y a Skandia S.A*
>
> ***SEGUNDO. - CONDENAR*** *a Porvenir S.A y a Skandia S.A a devolver a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado por la demandante junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, que tenga cada una en su poder en la actualidad*
>
> ***TERCERO. - CONDENAR*** *a Colpensiones a tener como afiliada a la actora, a recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la historia laboral de la demandante*
>
> ***CUARTO. - DECLARAR*** *no probadas las excepciones propuestas*

En síntesis, refirió que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia en cabeza del fondo privado estaba el deber de información para con su afiliado, obligación que existe desde antes de la creación de la Ley 100 de 1993; que era deber de la administradora de pensiones brindar la aludida información de forma completa, comprensible y/o transparente, así como señalar las ventajas y desventajas del traslado de régimen; y que por lo anterior, la carga de la prueba queda en cabeza del fondo privado.

Explicó que, ante la inasistencia de la representante legal de Porvenir S.A a rendir interrogatorio de parte se presumió como cierto la falta de información de parte de este fondo privado.

Agregó que, no es necesario que se hubiere efectuado el derecho de retracto, así como que la demandante sea beneficiaria del régimen de transición o tenga una expectativa legítima de pensión al momento de traslado.

Dijo que los diferentes traslados realizados en el RAIS no conllevan a suponer una convalidación del consentimiento, pues la información que se requiere es la del traslado de régimen; que se deben devolver todos los valores que recibió el RAIS, aportes, rendimientos y gastos de administración, pues estos recursos debieron ingresar al régimen de prima media; y Colpensiones debe recibir dichos dineros.

Finalmente indicó que, no opera prescripción por cuanto se está frente a una pretensión declarativa y además se está frente a una prestación conexa al derecho de la seguridad social.

**4. APELACIÓN**

**Colpensiones.** Señaló que, si bien la Corte Suprema de Justicia ha establecido el deber de información a cargo de las AFP, tal prerrogativa no puede ser aplicada de manera automática sin considerar las circunstancias particulares de cada caso, pues la accionante presentó multiplicidad de traslados y retorno en varias ocasiones a la AFP que inicialmente le efectuó su traslado de régimen, con lo que se convalidaría su consentimiento, ya que de lo contrario hubiera buscado mejores fondos o devolverse al régimen de prima media.

**Porvenir S.A.** Expresó que, el verdadero problema es determinar si hubo error como vicio del consentimiento, y de allí derivar las consecuencias de la nulidad o ineficacia del traslado.

Dijo que, el deber de información se cumplió, tal y como consta en el formulario de afiliación, pues es una prueba elemental dentro del marco de las afiliaciones, por lo que, se trata de una prueba *ab sucstantiam actus*, por lo que, su interpretación es un imperativo de ley; y que la afiliación se hizo en 1996, fecha para la que la exigencia del deber de información no estaba establecida, no se debía realizar proyecciones pensionales, son obligaciones que crearon con posterioridad lo que es acorde con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente expuso que, el devolver todos los valores incluidos los gastos de administración no es posible, pues la integridad de las sumas pagadas al fondo. se trasladaron al actual fondo de la accionante, Skandia S.A, por demás que, este valor no está destinado a financiar la prestación pensional y podría generar un enriquecimiento sin justa causa; que al respecto la Superintendencia Financiera ha establecido que las únicas sumas a devolver son los aportes y rendimientos; y que los citados gastos están sujetos al fenómeno prescriptivo, y así debió declararse.

**Skandia S.A.** Señaló que, se pasó por alto la etapa del deber de información, pues para 1996 se estaba frente a la primera fase de esa obligación, época para la que no era posible que los fondos hicieran una proyección pensional o informar las ventajas o desventajas de los regímenes pensionales.

Concluyó indicando que, no es dable devolver los gastos de administración, pues está direccionada a retribuir la gestión que hizo el fondo privado, por lo que su restitución podría generar un enriquecimiento sin causa al no haberse ejecutado gestión alguna por parte de Colpensiones, y no va de la mano con el principio de las restituciones mutuas, pues se constituye en una violación a los principios de la buena fe y de confianza legítima, misma situación que ocurre con el seguro previsional por invalidez y muerte pues la entidad hubiera tenido que reconocer las prestaciones en caso de que se hubiere presentado el riesgo.

## 5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 13 de octubre de 2020, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

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

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

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

## III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

**De la ineficacia del traslado**

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

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

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

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el

asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838),** la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

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

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

| Etapa acumulativa | Normas que obligan a las administradoras de pensiones información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|---|---|---|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br><br>Decreto 2241 de 2010 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n. 0 016 de 2016 | Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

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

*en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación,*

*tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.*

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

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

*En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.*

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

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

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

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

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

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

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

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

**El CASO CONCRETO**

Se encuentra probado en el expediente que: i) la activa registra cotizaciones en el Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del entonces I.S.S., desde el día 15 de noviembre de 1977 (fl.27); ii) que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR el 01 de noviembre de 1997, según da cuenta certificación expedida por tal fondo privado, solicitud de vinculación suscrita por la demandante, y certificación de ASOFONDOS (fls. 179, 180 y 182); y iii) que solicitó nuevamente el traslado de régimen pensional el día el 28 de junio de 2018 (fls.30 a 34) pero su solicitud fue negada por la pasiva (fls. 187 y 188).

A folio 180 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió con efectos a partir del 01 de abril de 1997 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia , *la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado*[1]

Pues bien,, recuérdese que conforme con el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose el fondo privado demandado en la libertad de usar cualquiera medio probatorios de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio, ya que, la actora en su interrogatorio de parte manifestó que ningún asesor le comentó sobre las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, y que inclusive, ella creía que ninguno de ellos las conocía, por lo que, no se puede tener por acreditado el deber de información, aunado a lo anterior recuérdese que en el caso presente el A Quo presumió que Porvenir S.A no cumplió con su deber de información, dado que no acudió a rendir interrogatorio de parte su representante legal dentro de la oportunidad decretada para ello .

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

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

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

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

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

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

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

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

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

Es por ello por lo que, resulta acertada la decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la nulidad del traslado.

Frente a la inconformidad de las demandadas apelantes respecto de la orden de devolución de devolver las cuotas o gastos de administración que ordenó efectuar el A Quo, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses*

*como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

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

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

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

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

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

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021), por lo que la Sala CONFIRMARÁ en su integridad la sentencia venida en apelación y consulta.

## IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

## V. DECISIÓN

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

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

**PRIMERO**. – **CONFIRMAR** la sentencia.

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

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

Los Magistrados,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**DAVID A.J. CORREA STEER**
Aclaro Voto!

Código Único de Identificación: 11001310501320190016002
Demandante: **RAÚL VARGAS PUENTES**
Demandado: **COLPENSIONES**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**
Magistrada Sustanciadora.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 008

**AUTO:**

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

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

## I. ASUNTO A TRATAR

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** - en favor del demandante la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de agosto de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **RAÚL VARGAS PUENTES** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

## II. ANTECEDENTES

## 1. Hechos

La parte demandante aspira a que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por persona a cargo a partir del momento de causación de la prestación, así como la indexación por dicho concepto.

## 2. Actuación Procesal.

Notificada la entidad demandada, **COLPENSIONES**, dio respuesta al líbelo genitor, exponiendo, en síntesis, que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se crea un nuevo modelo normativo, lo que implicó la derogatoria expresa y tácita de la normatividad anterior, con el fin de mantener y ejecutar el nuevo modelo.

Menciona que, en el presente caso, los incrementos otorgados por el Decreto 758 de 1990, mediante sus artículos 21 y 22, no tienen vigencia ni aplicabilidad como consecuencia de la derogatoria tácita de los mismos en cumplimiento de una orden legal contenida en el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, ya que estos son contrarios a la nueva norma, en la cual no fueron relacionados ni tenidos en cuenta debido a que incluirlos, violaría el derecho a la igualdad de los afiliados y la sostenibilidad del sistema en tanto las pensiones se liquidan de acuerdo a los aportes que el afiliado realice.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo las excepciones de mérito que denominó prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, pago y buena fe.

## 3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

Para sustentar su decisión, adujo, en síntesis, que acoge la tesis de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual expone que para las personas que fueron pensionadas en aplicación del régimen de transición por aplicación directa del Decreto 758 de 1990 los incrementos pensionales por personas a cargo continúan vigentes, pese a no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen pensional ya que se entiende que conservaron su pleno vigor, al menos para quienes se pensionaron bajo la vigencia del Decreto 758 de 1990 o por aplicación del régimen de transición.

Menciona que tal es el caso del accionante, como se aprecia en la Resolución 017217 del 2008, al ser pensionado en aplicación al régimen de transición y en punto del Decreto 758 de 1990, lo cual se conforma confirma con la Resolución SUB 15044 del 2019 (fls. 23-26).

Por lo anterior, expone, procede con el estudio de los requisitos contenidos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, esto es, demostrar la calidad de cónyuge o compañera permanente, comprobar la dependencia económica respecto del pensionado y probar que la cónyuge o compañera no disfrute de pensión alguna.

Para el caso particular, conforme la prueba recaudada, se demostraron los anteriores requisitos por parte de la señora Cándida Rosa Torres respecto del demandante Raúl Vargas Torres.

Aduce que, pese a lo anterior, debe declararse probada la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, teniendo en cuenta la postura de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que expone que puede presentarse la extinción los incrementos pensionales, por cuanto estos no forman parte integrante de la pensión y por ello no gozan de los mismos atributos de esta.

Indica que, para el caso bajo estudio, al demandante le fue reconocida la pensión de vejez mediante Resolución 017217 del 28 de abril de 2008, con fecha de causación del 28 de marzo del mismo año y notificada el 10 de junio de dicha anualidad, sin embargo, el accionante sólo elevó reclamación administrativa el 27 de abril de 2018 como se indica en la Resolución de folios 23-26, por lo que la solicitud de los incrementos pensionales se hizo de manera tardía, superando ampliamente el término trienal extintivo del derecho, contemplado en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

**4. Actuación Procesal en Segunda Instancia:**

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

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

## III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

Sentado lo anterior la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente: ¿Se encuentran vigentes los incrementos pensionales consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto

758 del mismo año, luego de la entrada en vigencia del actual sistema general de pensiones entronizado por la Ley 100 de 1993?.

**De los incrementos pensionales por personas a cargo**

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

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

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

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

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

**CASO CONCRETO**

Sin que exista duda en torno a que la fuente normativa a partir de la cual se le reconoció el derecho pensional al actor, es la misma que contiene la regulación sobre los incrementos pensionales por personas a cargo, esto es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, debe precisarse que ello fue así por ser el actor beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Ello se desprende de la Resolución No. 017217 del 2008, obrante a folios 12-13 del plenario.

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

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

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

Por lo antes expuesto, la Sala se aparta del criterio expuesto por la A quo y por ende se **MODIFICARÁ** la sentencia de primera instancia, en el sentido de NEGAR las pretensiones incoadas por el señor Raúl Vargas Puentes.

En esta instancia no se causaron costas.

## IV. DECISIÓN

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

## V. R E S U E L V E

**PRIMERO**. - **MODIFICAR** la sentencia consultada. En su lugar se NIEGAN las pretensiones incoadas por el señor Raúl Vargas Puentes en contra de Colpensiones, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO**.- Sin costas en esta instancia

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

**Los Magistrados,**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA** **DAVID A.J. CORREA STEER**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Sustanciadora

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

Discutido y Aprobado según Acta No 008

## I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados de la AFP Protección S.A y Skandia Pensiones y Cesantías S.A, así como se estudia en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá el 04 de agosto de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que MARTHA LEONOR MALDONADO promoviese contra PROTECCIÓN S.A, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, y COLPENSIONES.

## II. ANTECEDENTES

### 1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende se declare la *"nulidad"* del traslado de régimen que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Davivir Pensiones y Cesantías S.A.; como consecuencia de ello, solicita que Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. traslade todos los aportes que hubiere recibido, teniéndose como válida únicamente la afiliación a Colpensiones, quien deberá contabilizar para efectos de la pensión, las semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta, la presunta falta de información a la demandante, de parte de la AFP Davivir y Skandia Pensiones y Cesantías, al momento de efectuar sus correspondientes traslados.

**2. Actuación Procesal.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**Colpensiones** (fls. 123 a 126), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, y la declaratoria de otras excepciones.

Expuso que, carece de legitimación para pronunciarse sobre la afiliación de la accionante, en la medida que, no tuvo injerencia alguna en tal acto y concluyó indicando que la accionante no puede trasladarse de régimen, ya que, le faltan menos de diez años para cumplir el requisito de edad para tener derecho a la pensión de vejez

Por su parte, **Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.** (fls. 130 a 138), de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó Old Mutual no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante.

Expuso que en el asunto no se observa que el contrato celebrado entre las partes estuviera afectado por objeto o causa ilícita; que no se allega prueba de la que se pueda establecer que la actora al momento de celebrar el contrato de afiliación estuviera en condición de incapacidad relativa; que la lesión enorme sólo puede ocurrir en casos donde se presenta una compra o una venta; que el error no vicia el consentimiento; que para que error de hecho vicie el consentimiento es necesario que verse sobre la especie del acto o sobre la identidad de la cosa en específico, pues la demandante sí pretendió afiliarse al RAIS y seguir afiliada; que el acto de afiliación de la accionante fue libre y voluntario; y que no existe prueba de la que se pueda imputar como causal de nulidad el dolo o la fuerza.

Manifestó que, el deber de información ha de verificarse en relación con la fecha en que se produjo el traslado de régimen pensional, por cuanto para la expedición de la Ley 100 de 1993 tal requisito no se encontraba vigente.

Agregó que, la demandante no llevó con Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía S.A. un traslado de régimen sino de fondo, por demás que, no se echó mano del derecho de retracto de que trata el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994.

Explicó que, para la fecha de afiliación de la actora con Skandia Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. no podía trasladarse de régimen, dado que le faltaban menos de diez años para cumplir con el requisito de la pensión de vejez en el régimen de prima media; y que la accionante no acredita 15 años de servicios cotizados al 01 de abril de 1994 para considerar que podía retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo conforme a la sentencia SU-062 de 2010.

Dijo que, no era posible al momento de la afiliación realizar una proyección pensional de la mesada pensional de la actora, dado que, no puede entenderse que se está frente a una situación jurídica consolidada y definitiva, en consideración a que tal cálculo debe ser realizado con base en tasas fluctuantes.

Mencionó que, desde que se trasladó la actora le ha suministrado información clara y veraz; que cuenta con departamentos especializados en donde capacitan a sus asesores comerciales para que puedan explicar de manera satisfactoria las características, particularidades, bondades y limitaciones del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Adujo que, es inaplicable la inversión de la carga de la prueba, en la medida, tal escenario sólo se puede utilizar cuando el demandante se encuentre inmerso dentro del régimen de transición, o cuente con una expectativa legítima de adquirir su derecho pensional.

Finiquitó esbozando que, el término máxima de prescripción es de cuatro años para solicitar la rescisión de un contrato de conformidad con el artículo 1750 del C.C.

Finalmente, **Protección S.A.** (fls. 178 s 188), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó inexistencia de las obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de de terceros de

buena fe; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; y la innominada o genérica.

En su defensa argumentó que las actuaciones desplegadas por el fondo están precedidas de buena fe y legalidad, de manera que, todas las personas que han sido afiliadas a la administradora lo han hecho de forma libre y voluntaria, tal y como aconteció en el caso de la demandante, quien hizo tal manifestación a través del correspondiente formulario de afiliación.

Añadió que, el formulario de afiliación cumple con los requisitos establecidos en el Decreto 692 de 1994 y que la administradora brindó una asesoría completa y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación, conforme a la normatividad de la época y las exigencias existentes para ese momento, señalándose: la posibilidad de que la actora se pudiera pensionar a una edad anticipada siempre y cuando cuente con un capital suficiente y que permita financiar una pensión superior al 110% del salario mínimo; la figura de la garantía de la pensión mínima; la posibilidad adquirir excedentes de libre disponibilidad; y las implicaciones que trae consigo el traslado de régimen.

Expuso que, no puede hablarse de la existencia de un error de hecho en el consentimiento de la actora, pues se brindó la correspondiente información para que tomara su decisión y conocía claramente la especie u objeto del negocio; que el error de derecho no vicia el consentimiento; y que nunca ha ejercido fuerza sobre sus potenciales afiliados para lograr su afiliación al fondo de pensiones.

Manifestó que, sólo hasta la promulgación de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010 se estableció expresamente el deber de las administradoras de fondos de pensiones de asesorar e informar a sus consumidores financieros, los efectos, beneficios e inconvenientes de los regímenes pensionales; y que apenas con la Circular 016 de 2016, la Superintendencia Financiera impuso la obligación de conservar soportes documentales que den cuenta de una doble asesoría.

Señaló que, la demandante tuvo múltiples oportunidades para retornar al régimen de prima media, pues para la época de su afiliación únicamente se le exigía permanecer un término de tres años, gozó del año de gracia del Decreto 3800 de 2003 y que fue puesto en conocimiento a través del periódico El Tiempo; y que la actora no hizo uso del derecho de retracto.

Refirió que, la variación en el monto de la pensión no constituye un vicio del consentimiento, ya que, para el momento de la afiliación de la accionante no era posible prever con exactitud el monto con el cual se podría pensionar; que aunado a lo anterior, mediante la Resolución 3099 de 2015 se modificaron las tablas de mortalidad; y que la insatisfacción posterior de un afiliado no vicia el consentimiento ni genera ineficacia.

Adujo que, el artículo 1750 del C.C. establece un término de cuatro años para solicitar la rescisión del contrato de afiliación.

Concluyó indicando que, la proyección pensional realizada por la parte actora no constituye prueba de la diferencia en el monto de la pensión; que también es obligación del consumidor financiero, cerciorarse si la entidad con la que se contrata o se utiliza productos está vigilada por la Superintendencia Financiera, informarse sobre los productos que adquiere, observar las instrucciones y recomendaciones, y revisar los términos y condiciones del contrato.

## 3. APELACIÓN

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

**PRIMERO. – DECLARAR** la ineficacia del traslado que hiciere la demandante al RAIS a través de DAVIVIR S.A hoy PROTECCIÓN S.A en el mes de noviembre de 1994 y de contera, todas las afiliaciones que hiciere con posterioridad dentro del mismo régimen

**SEGUNDO. –** Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A y a SKANDIA S.A a devolver a COLPENSIONES de todos los dineros ahorrados por la demandante en el RAIS, que cada una tenga en su poder en la actualidad, incluyendo la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades.

**TERCERO. - CONDENAR** a Colpensiones a tener como afiliada a la actora, recibiendo los dineros referidos en el numeral anterior y actualizando la Historia Laboral de la actora

**CUARTO. - DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas

Como fundamento de su decisión, expuso, en síntesis, que según criterio de la Corte Suprema de Justicia, la afiliación a un régimen pensional debe estar precedido de una decisión libre y voluntaria por parte del afiliado, correspondiéndole al fondo privado brindar información de forma oportuna, eficaz y suficiente, explicando los pormenores que esto conlleva, esto es, tanto los beneficios como los aspectos negativos de la decisión, obligación que surge desde el nacimiento mismo de las AFP.

Adujo que, la carga de la prueba radica en cabeza de la administradora de pensión, encontrándose en el caso que, no se demostró que se hubiera suministrado información de forma veraz, siendo el formulario de afiliación insuficiente para tal cometido según criterio de la Corte Suprema de Justicia, por demás que no se allegó el formulario de la primera vinculación al RAIS, esto es, el suscrito con la AFP Davivir, y no se logra extraer que la actora hubiera recibido si quiera una asesoría cuando se trasladó.

Advirtió que, los traslados posteriores a diferentes fondos privados no convalidan ni sanean la obligación que tenía la administradora primigenia de cumplir con su deber de información, así como tampoco no haberse hecho uso del derecho de retracto.

Indicó que, no es necesario ser beneficiario del régimen de transición ni que tenga una expectativa legítima de pensión, para que se declare la ineficacia de traslado.

Agregó que, se deben devolver los aportes, rendimientos, así como los gastos de administración, pues estos recursos en virtud de la declaratoria de ineficacia de traslado, debieron ingresar al ISS hoy Colpensiones.

Finalmente adujo que, no opera la excepción de prescripción, dado que, la pretensión es declarativa y por ende no está sujeta a tal fenómeno, y tiene una amplia incidencia en un derecho pensional, pues el derecho a la seguridad social no puede verse cortado cuando de la pensión se trata.

**4. APELACIÓN**

**Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías.** Expresó que, respecto de los gastos de administración ya no se encuentran dentro de las arcas de la A.F.P., pues estos se pagan para cubrir los riesgos de invalidez y muerte -para lo que se suscribe una póliza de seguros, beneficio del que goza el afiliado-, y para mantener la cuenta de ahorro del afiliado por mandato de la Ley 100 de 1993, de manera que, se genera un castigo por el cumplimiento de la normativa.

Añadió que, la rentabilidad que se genera en los fondos privados es mucho más alto que el que se hubiera tenido en Colpensiones, de manera que, si lo que se persigue es retrotraer las cosas a su estado inicial, las rentabilidades generadas en el RAIS no tendrían por qué devolverse, generando un detrimento económico en la administradora y un enriquecimiento ilícito del afiliado pues este dinero no se lo a quedar Colpensiones.

**Protección S.A.** Señaló que, que la comisión de administración y la prima de seguros personales son descuentos autorizados por la Ley 100 de 1993, lo que opera tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, por demás que, se demuestra que los aportes de la actora generaron ganancias, de modo que, de confirmarse la condena se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones al recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión.

Aunado a lo anterior explicó que, por la buena gestión de la AFP no se puede desconocer que se generaron unos frutos o mejoras, de manera que, conforme al principio de las restituciones mutuas, estos deben permanecer en el patrimonio de la administradora, por demás que, según la Superintendencia Financiera debe únicamente trasladarse los aportes y rendimientos, respetando los gastos de administración.

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

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 13 de octubre de 2020, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora, Protección S.A., y Colpensiones, quienes, en síntesis se ratificaron en los argumentos de su defensa.

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

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

## III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la

demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

**Ineficacia del traslado**

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

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

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

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que

tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838),** la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

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

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

| Etapa acumulativa | Normas que obligan a las administradoras de pensiones información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|---|---|---|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br><br>Decreto 2241 de 2010 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n. 0 016 de 2016 | Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

*1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.*
*Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de*

*asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

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

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

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

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

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

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

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre U voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo*

*de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

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

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

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

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

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

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

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

*fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

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

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

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

*En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.*

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

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

*reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.*

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

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

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

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

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

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

**EL CASO CONCRETO**

Descendiendo al caso bajo estudio, obra documental de la que se extrae que i) la demandante se afilió al entonces I.S.S., efectuando cotizaciones hasta octubre de 1994, tal y como consta en la documental obrante en el medio óptico de folio 129; ii) que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a partir de noviembre de 1994 con la AFP Davivir, conforme se deduce de la historia laboral consolidada de Old Mutual Pensiones y Cesantías visible a folios 146 a 150, y la solicitud de vinculación de la actora a Cesantías y Pensiones Colmena del 10 de julio de 1995, en la que se describe que la anterior administradora de pensiones de la actora era AFP Davivir; iii) que dentro del R.A.I.S, la actora se trasladó de Administradora de pensiones para las A.F.P Colmena Pensiones y Cesantías e ING Pensiones y Cesantías, conforme prueba de folio 194 y finalmente que; iv) la actora solicitó de nuevo su regreso al Régimen de Prima Media el día 21 de junio de 2019 (fls. 31 a 42), pero su traslado fue negado por las demandadas.

Pues bien, lo primero por rememorarse es, que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez puede valorar libremente la prueba y dado que para probar el cumplimiento del deber de información, no existe tarifa legal de prueba, la pasiva podía valerse de cualquier medio de prueba de aquellos consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, no obstante, ello no aconteció en el caso bajo estudio, pues, de un lado en su interrogatorio de parte la actora no confesó hechos que favorezcan a su contraparte pues manifestó que ni siquiera recibió una asesoría por parte la administradora de pensiones, fue clara en informar que no conocía las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, desconociendo aspectos que le son propios, tales como sus coberturas en invalidez y sobrevivencia, que iba a pasar con los aportes que tuvo en el ISS, y que era un bono pensional y por otro lado, de la documental arrimada, ninguna da cuenta del cumplimiento de la obligación de información suficientemente satisfecha a cargo de la demandada.

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

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el

exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

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

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

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

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

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

Es por ello por lo que resulta acertada la decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia de traslado, razón por la que en el punto SE CONFIRMARÁ la sentencia apelada y consultada .

Frente a la inconformidad de las A.F.P Skandia Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. y Protección S.A. consistente en que el valor de los rendimientos es superior en las administradoras de pensiones

privados, y en general lo relacionado con las restituciones mutuas, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2877-2020 explicó:

> *"(...) De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> *Artículo 1746. 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.*
>
> *Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*
>
> *[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado".*

En igual sentido, y en relación con la inconformidad referente a la orden de devolución de cuotas o gastos de administración y/o valores pagados por primas a seguros previsionales que ordenó efectuar la A Quo, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e*

*intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

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

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los gastos de administración que se hubieren cobrado y los porcentajes pagados por seguros previsionales, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. En igual sentido, la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

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

De esta manera, es claro que la declaratoria de ineficacia de traslado genera a cargo de todas las entidades involucradas el deber de reintegrar los correspondientes valores que percibieron, por lo que, en tal sentido se considera acertada la decisión de la Jueza de Primera Instancia y por ello será CONFIRMADA.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho

pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción"*.

## IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

## V. DECISIÓN

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

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

**PRIMERO**. – **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones indicadas en la parte motiva de esta decisión.

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

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

Los Magistrados,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**DAVID A.J. CORREA STEER**
A Claro Voto.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**
Magistrada Sustanciadora.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 008

## I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra el auto proferido por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de agosto de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que OSCAR MAURICIO VALERO ALVARADO promoviese contra ACERTAR SOLUCIONES SAS.

## II. ANTECEDENTES

### 1. HECHOS

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 13 de junio de 2016, y que el despido fue sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, se aspira a la condena a cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes a seguridad social, indemnización moratoria, sanción por no consignación de las cesantías, indemnización por despido injusto, e indexación (pretensiones que fueron todas de carácter principal).

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta, en síntesis, la existencia de una relación laboral entre las partes mediante contrato de trabajo a término fijo sin que le hubiere sido pagado al accionante sus prestaciones sociales, aportes a seguridad social.

Igualmente, en la falta de comunicación y/o preaviso para que se terminara el vínculo.

## 2. ACTUACIÓN PROCESAL

**ACERTAR SOLUCIONES S.A.S.** (fls. 33 a 43), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó cobro de lo no debido, manifiesta buena fe del demandante, prescripción de los derechos laborales, carencia de justa causa y titulo para pedir, inexistencia de derecho legalmente protegible, y la genérica.

Expuso que esa sociedad y el demandante celebraron un contrato de prestación de servicios regido por la normatividad civil, siendo ejecutado con completa independencia del actor, sin que se presentara subordinación o dependencia.

Agregó que el accionante desarrolló una profesión liberal (Médico), por lo que la actividad que desarrolló claramente está dotada de libertad e independencia por demás que quienes la ejecutan gozan de autodeterminación en la forma como llevan a cabo sus funciones, están sometidas a un código moral

Adicionalmente, la demandada en su defensa propuso las excepciones previas de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones, y que las pretensiones no se excuyen entre si, salvo que se propongan como principales o subsidiarias.

Argumento tales excepciones, señalando que en la demanda se pretende el reconocimiento de las indemnizaciones del artículo 65 del C.S.T y del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, así como la indexación, empero que estas resultan no pueden ser acumuladas como pretensiones principales.

## 3. PROVIDENCIA RECURRIDA

En audiencia del 19 de agosto de 2020, el A Quo declaró **no probada** la excepción previa de inepta demanda, por considerarse que, las indemnizaciones del artículo 65 del C.S.T y del artículo 90 de la Ley 50 de 1990, tienen su fuente en normas diferentes.

Agregó que, la indexación no se excluye de plano frente a las indemnizaciones señaladas, pueden proceder frente a acreencias laborales que no están cobijadas en estas, como por ejemplo las vacaciones y la indemnización por despido sin justa causa.

**4. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE**

Expresó que, habría exclusión frente a las indemnizaciones del artículo 65 del C.S.T y del artículo 90 de la Ley 50 de 1990, así como en la indexación, como quiera que, se pudiese presentar una doble condena; y que por lo anterior, se debe establecer cual pretensión sería la principal y cual la subsidiaria.

**5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:**

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

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

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

## III. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente: ¿en realidad existe una indebida acumulación de pretensiones cuando se solicita de forma principal la indemnización del artículo 65 del C.S.T, la sanción por no consignación de las cesantías de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y la indexación de las condenas.

**Inepta demanda**

La demanda como constitutiva del derecho de acción, es de gran trascendencia en la estructuración y culminación del proceso, y por lo mismo debe ajustarse en su forma y contenido a los artículos 25, 25A, 26, 70 y 76 del C.P.T y de la S.S.

Ahora bien, el citado artículo 25A del C.P.T y de la S.S en consonancia con el artículo 88 del C.G.P, regula la figura de la acumulación de pretensiones, la cual tiene por objeto materializar los principios de economía y celeridad procesal, al permitirse en una sola causa judicial debatir y decidir distintas relaciones sustanciales. Dicha norma dispone que para que el juez conozca de las pretensiones debe ser competente para conocer de

todas ellas; que no se deben excluir entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias; que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento; y que deben emanen de la misma causa, persigan el mismo objeto o se sirvan de los mismos elementos de convicción.

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia **SL1614 de 2018**, señaló que son los jueces en su labor de administrar justicia, quienes tienen el deber de garantizar a los interesados una decisión de fondo, mediante la cual se defina si tienen o no derecho a lo pretendido, por lo que se debe hacer el mayor esfuerzo posible a fin de evitar una decisión inhibitoria, pues ésta únicamente puede ser una opción en casos extremos en los que se establezca que en verdad no es viable adoptar otra decisión; y que en caso que las partes hayan formulado pretensiones que en criterio del juzgador resulten excluyentes entre sí, es deber del fallador – aun cuando las súplicas no se hayan formulado de la mejor manera - analizar la demanda inicial para desentrañar la verdadera intención del actor y determinar cuál era la pretensión principal y cuál la secundaria, para estudiar y resolver de fondo el asunto.

**EL CASO EN CONCRETO**

Sentadas las anteriores directrices, debe señalarse que el yerro que se resalta frente al líbelo introductor, es que en este no se hace distinción entre qué pretensiones son principales y cuáles secundarias, al solicitarse la indemnización moratoria (artículo 65 del C.S.T), la sanción por no consignación de las cesantías (artículo 99 de la Ley 50 de 1990), y la indexación, como principales, lo que a juicio del impugnante podría generar una doble condena. No obstante, la Sala considera que le asiste razón al *A quo*, pues ciertamente es deber del fallador desentrañar la verdadera intención del actor en su demanda, y desde tal punto de vista, determinar cuáles serían sus pretensiones principales y cuáles serían las subsidiarias para estudiar y resolver de fondo el asunto.

De igual manera, las indemnizaciones referidas y la indexación no se imponen de igual manera a todas las acreencias laborales pretendidas, pues si bien en algún momento pueden coincidir frente a un determinado rubro, no lo hace con todos y cada uno de ellos; nótese como en la indemnización moratoria se estudia el pago de salarios y prestaciones sociales, en la sanción por no consignación de las cesantías únicamente se evalúa el pago de las cesantías, y la indexación constituye un medio de actualización monetaria como resultado de la depreciación del poder adquisitivo del dinero. Al respecto, se puede consultar la sentencia del 13 de abril de 2010, rad. 3550, reiterada en la providencia SL2094-2020, en donde la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia expuso:

> "Ahora bien, aun cuando desde el punto de vista procesal, la pretensión simultánea de la indemnización moratoria e indexación no genera una indebida acumulación de pretensiones que impida proferir sentencia de mérito, en las condiciones atrás anotadas, en el marco de lo estrictamente sustancial, y para el asunto particular en estudio, sí resulta improcedente la coexistencia de ambas condenas a la demandada, derivadas de una misma insatisfacción pecuniaria, como lo hizo el ad quem, al imponerlas al tiempo por la falta de pago de las prestaciones sociales deducidas, pues su concurrencia comporta una doble sanción para el empleador"

Corolario las breves consideraciones hechas, la Sala estima que estuvo bien denegada la excepción previa, razón por la que se **CONFIRMARÁ** la decisión de primer grado.

## IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

No se impondrán costas.

## V. DECISIÓN

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

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO**. – **CONFIRMAR** la providencia.

**SEGUNDO.** – Sin costas en esta instancia.

Esta providencia por ESTADO VIRTUAL elaborado por la Secretaria de esta Sala.

Los Magistrados,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA** **DAVID A.J. CORREA STEER**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**
**Magistrada Sustanciadora.**

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

Discutido y Aprobado según Acta No 009

AUTO

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

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

## ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor del demandante la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 17 de febrero de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que CARLOS VICENTE MONTAÑO PINILLA promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

## ANTECEDENTES

### Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda, la activa pretende se declare que cumple con los requisitos para acceder a la pensión de

vejez y que es beneficiario del régimen de transición, así como a efectuar la correspondiente corrección de la historia laboral y se deje sin efecto el acto administrativo mediante el cual se reconoce una indemnización sustitutiva.

Como consecuencia de lo anterior depreca el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, junto con el correspondiente retroactivo, la indexación e intereses de mora de dichas sumas de dinero, indemnización de perjuicios, los incrementos pensionales por personas a cargo y por necesidad de ayuda de tercera persona.

**Actuación Procesal.**

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

**COLPENSIONES**, (fls. 47-62) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho y/o derechos reclamados, cobro de lo no debido, prescripción, improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios y la innominada o genérica.

En su defensa adujo que para que al demandante lo cobije el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para el 1° de abril de 1994 debía contar con 40 años de edad o tener 15 años o más de servicios cotizados, contando con el requisito de edad, pues para dicha data contaba con 44 años.

Expuso que no obstante lo anterior, conforme el Acto Legislativo 01 de 2005 el régimen de transición del demandante estuvo vigente hasta el 31 de julio de 2010, pues no contaba con las 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios a la publicación de dicho Acto Legislativo, esto es al 25 de julio de 2005, ya que para dicha data contaba con 658 semanas cotizadas, razón por la cual, su régimen de transición no se le extendió hasta el 31 de diciembre de 2014.

Indicó que el accionante no acredita que cuenta con los requisitos para acceder a la prestación deprecada al 31 de julio de 2010, pues, si bien cuenta con la edad para adquirir el derecho, ni cuenta con las 500 semanas cotizadas durante los últimos 20 años y tampoco demuestra las 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, razón por la cual no cumple con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El A quo dictó sentencia absolutoria. Declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido,

propuestas por la Administradora Colombiana de Pensiones y condenó en costas a la activa.

Como fundamento de su decisión argumentó que, el beneficio de tener en cuenta el tiempo prestado al servicio militar para efectos de pensión se encuentra previsto en el literal a) del artículo 40 de la Ley 48 de 1993, adicionalmente, la legislación ha reconocido a las personas que han estado al interior de las fuerzas militares y que se encuentren en una situación de mayor riesgo, como en el caso de conmoción interior o guerra internacional, unas mayores ventajas de las que están en época de paz, determinándose, que en estos casos se contará como doble el tiempo de servicio que se preste a las fuerzas militares, además, el Decreto 4433 de 2004, en su artículo 8 reglamentó el reconocimiento de tiempos dobles.

Expuso que, del pronunciamiento emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, frente a la norma en cita, en concepto No. 1557 de 2004, se extrae que en el caso del personal que hubiese prestado servicio a las fuerzas militares y se hubiese retirado del régimen militar, optando por el sistema general de pensiones, no tiene o goza de dicha prerrogativa y que los tiempos dobles constituyen un derecho previsto por el legislador de manera especialísima para determinados funcionarios y actividades, debiéndose acreditar las exigencias previstas para ello, tales como la prestación del servicio en la zona afectada así como el Decreto que lo establezca a su favor.

Continúa diciendo que, conforme lo anterior, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado se tiene que para que opere el reconocimiento del tiempo doble se requiere la declaratoria del Estado de Sitio o Conmoción Interior y el Concepto del Consejo de Ministros, y para el caso bajo estudio, obra Certificación de Información Laboral expedida por el Ministerio de Defensa donde se evidencia que el accionante prestó servicio militar entre el 16 de febrero de 1972 y el 30 de enero de 1974, lo que, para efectos de pensión corresponde a 102 semanas y como del mismo se advierte que no se hicieron cotizaciones a ningún fondo, ese tiempo es susceptible de tenerse en cuenta en cotizaciones a Colpensiones, pero como el demandante no probó que en ese tiempo se hubiera declarado el Estado de Sitio o el Estado de Conmoción interior, no puede computarse el tiempo como doble, máxime cuando no continuó en el régimen exceptuado de las Fuerzas Militares.

Expuso que, del análisis de las condiciones exigidas en la norma, se tiene que el demandante nació el 19 de octubre de 1949, por lo que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 44 años y que conforme el Parágrafo Transitorio del artículo 48 de la Constitución Política, el régimen de transición se extenderá

por excepción hasta el 31 de diciembre de 2014, pero solo para quienes al 25 de julio de 2005 demostraran al menos 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios, lo que no acontece con el demandante, pues no logra demostrar las 750 semanas, pues de los tiempos reflejados en la historia laboral, sumado al informe que bajo juramento rindió el representante legal de la accionada y el tiempo que prestó el servicio militar se advierte que para la fecha en mención contaba con 677.14 semanas y en tal medida le correspondía demostrar el cumplimiento de los demás requisitos con antelación al 31 de julio de 2010, fecha límite del régimen de transición.

Refirió que en el caso bajo estudio, el demandante nació el 19 de octubre de 1949, por lo que para el 1° de abril de 1994 contaba con 44 años de edad y en tal medida para el reconocimiento del derecho pretendido le resultaba aplicable el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en cuyo artículo 12 se establecen los requisitos para acceder a la pensión, siendo, para el caso de los hombres haber cumplido 60 años y demostrar un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o acreditar 1000 semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo, de manera que el accionante cumplió los 60 años en el año 2009, cumpliendo el requisito de edad, y en cuanto a las semanas exigidas se observa que para el 31 de julio de 2010 demostró cotizaciones equivalentes a 884.41 semanas, es decir no alcanzó a completar las 1000 semanas exigidas por la norma y en relación con las 500 que se debieron demostrar en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, es decir entre el 19 de octubre de 1989 y el mismo día y mes de 2009, el demandante solo logra demostrar 162.3.

Con lo anterior, concluye, el demandante cuenta con un total de 1021.28 semanas de cotización incluyendo el tiempo de servicio militar, cumpliendo esas 1000 semanas con posterioridad al 31 de julio de 2010, luego, al no demostrar el cumplimiento de esas 1000 semanas antes de octubre de 2009 o las 500 semanas durante los 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años, no es posible acceder a las súplicas de la demanda y por ello, se releva del estudio de las demás pretensiones al depender de esta.

**Actuación Procesal en Segunda Instancia**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 10 de septiembre de 2020, se admite el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 27 de octubre de 2020 se dispuso

correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por la apoderada de Colpensiones, quien reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

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

## CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** por resolver se circunscriben a determinar en primer lugar, si el demandante tiene derecho a que se le compute como doble, para efectos de pensión, el tiempo durante el cual sirvió como soldado, durante una época en la cual se decretó el estado de sitio en Colombia, ante la negativa por parte de la entidad de pensiones a reconocerle la pensión de vejez bajo el argumento de no cumplir con los requisitos exigidos por la ley, toda vez que rechaza computarle doble el tiempo reclamado. De ser afirmativa la respuesta al anterior interrogante, deberá determinarse si tiene derecho a una pensión de vejez, así como a incrementos pensionales por personas a cargo, la indexación de las condenas e intereses moratorios y las indemnizaciones a que se refirió en el acápite de las pretensiones.

### De las pensiones de vejez del Sistema General de Pensiones

La pensión de vejez se constituye como una prestación económica, resultado final de largos años de trabajo, ahorro forzoso en las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y cuando la disminución de la capacidad laboral es evidente.

El artículo 48 de la Carta Política establece el régimen de seguridad social, dentro del cual se encuentra el reconocimiento del sistema pensional, y en éste la pensión de vejez.

Es así como mediante la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, en cuyo artículo 33, modificado por la ley 797 de 2003, artículo 9, se señalan las condiciones para acceder a la pensión de vejez, se traducen en:

> "1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.
> A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo".

**Del régimen de transición pensional**

Al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 fueron derogados e integrados en un Sistema General de Seguridad Social los regímenes pensionales que existían antes de su expedición. Sin embargo, para proteger a quienes pudieran tener una expectativa legítima sobre la obtención de la pensión de vejez, de conformidad con los requisitos establecidos en la normatividad anterior, el Legislador consagró un régimen de transición.

El régimen de transición consignado en la referida ley fue definido por esta Corte Constitucional en la Sentencia C-754 de 2004 como "un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo"

Así entonces el artículo 36 de la citada Ley, dirigió el beneficio normativo a los trabajadores, que a la fecha de entrada en vigencia del SGP, que para el sector privado fue el 1° de abril de 1994, cumplieren una de las siguientes condiciones: Mujeres con treinta y cinco (35) o más años de edad; hombres con cuarenta (40) o más años de edad, hombres y mujeres que, independientemente de la edad, acrediten quince (15) años o más de servicios cotizados a esa fecha concreta, conforme lo señala el artículo 151 de la Ley 100 de 1993.

Posteriormente el mentado régimen de transición fue objeto de regulación mediante el Acto Legislativo 01 de 2005, en cuyo parágrafo transitorio 4, dispuso:

> "Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".
> "Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen".

Como puede verse, el Acto Legislativo 01 de 2005 impuso un límite temporal al régimen de transición hasta el 31 de julio de 2010,

extendiéndolo excepcionalmente hasta el 31 de diciembre de 2014, a aquellas personas que a julio de 2005 contaran con al menos 750 semanas cotizadas, como condición obligatoria para pensionarse después de julio de 2010 con los beneficios del mencionado régimen, advirtiendo que dicha reforma al art 48 de la CP91, ha sido abordada por la Corte Constitucional en varias oportunidades. En la **SC 740/06**, la Alta Corporación dijo que no le era posible ejercer el control de constitucionalidad de un Acto Legislativo por su contenido material, por lo que se ha declarado inhibida para proferir fallo de mérito por ineptitud sustancial de la demanda al considerar que los ataques contra la disposición constitucional implican un análisis de tipo material y no formal, consideraciones similares a las que vertió en la **SC 178/2007**, resaltándose además que **en SC-228 de 2011**, encontró el citado acto legislativo ajustado a la Carta Política al no evidenciar vicio o irregularidad que atentare contra los principios constitucionales y los derechos adquiridos.

Se tiene entonces que el Acto Legislativo 01 de 2005, ha sido revisado por la H. Corte Constitucional, sin avizorar reparos en su aplicación, encontrando que esa revisión tuvo como fundamento el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional y que en tal sentido fue modificado el art 48 de la Carta Política de 1991.

**El cómputo excepcional de tiempo doble en materia de pensiones de quienes prestan servicio militar.**

El artículo 46 de la Ley 2ª de 1945 dispuso que las personas que se desempeñaran dentro de las fuerzas militares, incluidos los soldados, tendrían derecho a que ese tiempo se computará en el cálculo de las semanas requeridas para obtener la pensión de vejez, desde el momento del ingreso.

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Concepto con número de radicado 1557 del 1° de julio de 2004, al analizar la vigencia del artículo 40 de la Ley 48 de 1993 en relación con la Ley 793 de 2002[1] - que prohíbe la sustitución de semanas de cotización o de tiempo de servicio "con el cumplimiento de otros requisitos distintos a cotizaciones efectivamente realizadas o tiempos de servicios efectivamente prestados antes del reconocimiento de la pensión"- sostuvo que la norma sí debe seguir aplicándose toda vez que se trata de un régimen especial -régimen de pensiones de las Fuerzas Militares-, tal como lo consagra el artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

Así el ordenamiento jurídico no solo reconoció el cómputo del tiempo durante el cual, se prestó servicio militar para efectos de seguridad social, sino que otorgó la prerrogativa de ser contabilizado

[1] Artículo 2, literal L

de manera doble cuando se trataba del servicio prestado en épocas en las que se decretó el estado de excepción (anteriormente estado de sitio) por parte del Gobierno, por encontrarse en una situación de riesgo mayor.

En un principio, fue la Ley 2ª de 1945 la que reconoció dicha prerrogativa al establecer que el tiempo de servicio en época de guerra se computaría doble para todos los efectos desde el momento de su declaración hasta que se profiriera el acto que diera por restablecido el orden. Dispuso la norma:

> "Artículo 47.- El tiempo de servicio en guerra, desde la fecha en que se declare turbado el orden público, hasta la expedición del decreto por el cual se restablezca la normalidad, se computa doble para todos los efectos, con excepción del de ascensos.
>
> PARÁGRAFO.- Para el cómputo de que trata el presente artículo, es condición indispensable que la prestación del servicio se efectúe dentro de la zona afectada."

Por la misma línea, el artículo 109 del Decreto 3220 de 1953 recogió lo establecido en el artículo 47 de la Ley 2ª de 1945, pero consignó una excepción al beneficio (computar doble el tiempo de servicio en época de guerra) en los siguientes términos:

> "Artículo 109. El tiempo de servicio en guerra internacional o conmoción interior, desde la fecha en que se declare turbado el orden público hasta la fecha de expedición del decreto por el cual se restablezca la normalidad se computará como tiempo doble de servicio, excepto para los ascensos, sueldos de actividad y otorgamiento de la medalla de servicio"
> Parágrafo. "Quedan exceptuados de este beneficio los dos últimos años de permanencia en las Escuelas de Formación de Oficiales o las fracciones que se liquiden por este concepto".

Más adelante se profirió la Ley 126 de 1959, que derogó la Ley 2ª de 1945 y reconoció el cómputo doble del tiempo de servicio al señalar:

> "Artículo 52. El tiempo de servicio en guerra internacional o conmoción interior, en las zonas que el Gobierno determine, desde la fecha en la que se declare turbado el orden público, hasta la expedición del Decreto por el cual se restablezca la normalidad, se computará como tiempo doble de servicio.
>
> PARAGRAFO 1°. El tiempo doble a que se refiere el presente artículo, se liquidará exclusivamente para la asignación de retiró (sic) y demás prestaciones sociales.
>
> PARAGRAFO 2°. Quedan exceptuados de este cómputo los dos últimos años de permanencia en las Escuelas de Formación de Oficiales y las fracciones que se liquiden por este concepto."

En el Decreto-Ley 1211 de 1990 se estableció que el cómputo de los tiempos dobles de conformidad con lo establecido en el

Decreto 2337 de 1971 y otras normas anteriores, se tendría en cuenta para liquidar prestaciones sociales de los oficiales y suboficiales favorecidos con tales reconocimientos, al consignar lo siguiente:

> "Artículo 170. Cómputo de tiempo.
> (...)
> PARÁGRAFO 1o. Los tiempos dobles que en virtud de lo dispuesto en el artículo 181 del Decreto 2337 de 1971[26] y disposiciones legales anteriores sobre la misma materia, se hayan reconocido o se reconozcan por servicios prestados con anterioridad a la vigencia del presente Decreto, se tendrán en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales de los Oficiales y Suboficiales favorecidos con tales reconocimientos. Dichos tiempos en ningún caso serán computables para el reconocimiento de prestaciones por servicios al Estado en calidad de empleado civil."

Por su parte, el artículo 8° del Decreto 4433 de 2004 reglamentó lo relacionado con el reconocimiento de tiempos dobles con el siguiente tenor:

> "Artículo 8°. Cómputo de tiempo doble. A quienes hubieren adquirido derecho al cómputo de tiempo doble por servicios prestados antes de 1974, se les continuará teniendo en cuenta para efecto del cómputo del tiempo para la asignación de retiro o pensiones, conforme lo hubieren señalado las normas correspondientes."

Ahora bien, como ya se dijo en líneas anteriores, en relación con el tiempo doble, la Sala de Consulta Civil del Consejo de Estado, en concepto 1557 del 1° de julio de 2004, concluyó que será un derecho de quienes cumplan con los requisitos establecidos, sin que pueda servir para completar los requerimientos en el Sistema General de Pensiones por lo que es válido únicamente para quienes continúen en el régimen prestacional exceptuado de las Fuerzas Militares. Al respecto, al resolver una consulta elevada ante esa Sala, consagró lo siguiente:

> "Sobre tiempo doble:
>
> A. El tiempo doble acreditado de conformidad con las disposiciones legales vigentes, constituye derecho adquirido a favor de quienes demostraron los requisitos de ley y obtuvieron su reconocimiento.
>
> B. No es válido el tiempo doble para completar requisitos en el Sistema General de Pensiones, porque la normatividad especial prohíbe computar dichos tiempos para el reconocimiento de prestaciones por servicios al Estado en calidad de empleado civil. (art. 170 Decreto Ley 1211 de 1990 y Sentencia 134 del 31 de octubre de 1991).
>
> C. El tiempo doble se tiene en cuenta para quienes, una vez reconocido, continuaron en el régimen prestacional exceptuado de las Fuerzas Militares, no así para quienes se retiraron y optaron por el Sistema General de Pensiones."

En el año 2005 la Sección Segunda del Consejo de Estado decidió una demanda que en acción de nulidad y restablecimiento del derecho2 se formuló en contra de los actos administrativos mediante los cuales la Nación-Policía Nacional negó el cómputo de un tiempo doble solicitado por el actor. Desestimó las súplicas bajo el argumento de que el demandante no allegó los actos del Gobierno que daban respaldo a sus pretensiones, toda vez que no bastaba con la sola declaración del estado de sitio, sino que era necesario, además, un acto del Gobierno que hiciera el reconocimiento de las zonas del país en las cuales se reconoció dicho beneficio.

Más recientemente la mentada Corporación volvió a pronunciarse respecto a los requisitos necesarios para el reconocimiento de tiempos dobles. En sentencia con radicación No. 68001-23-33-000-2015-00917-01 (3278-17) de fecha 14 de febrero del 2019, la Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A[3], indicó:

> "Se trata entonces de un beneficio consagrado a favor del personal de las Fuerzas Militares que prestó sus servicios en determinadas zonas que a juicio del Gobierno y de acuerdo con determinadas condiciones ameritaban su reconocimiento atendiendo factores de necesidad y conveniencia en el marco de la declaración del estado de sitio.
>
> En consonancia con la normativa citada, esta Corporación ha señalado los requisitos necesarios para el reconocimiento de tiempos dobles, así:
>
> "(...) 1. Declaratoria de Estado de sitio por turbación del orden público, hasta el decreto que levante la medida.
> 2. Concepto previo del Consejo de Ministros.
> 3. Decreto del Gobierno reconociendo expresamente a determinados agentes, suboficiales, etc."
>
> (...) En este sentido, es indispensable que dentro del expediente: i) se acrediten los decretos que ha expedido el gobierno, los cuales constituyen el sustento legal de la petición, pues como se mencionó en la sentencia antes referida "no basta la declaratoria del estado de sitio para que automáticamente opere el aludido reconocimiento"; ii) igualmente se debe señalar las zonas en que opera este beneficio o en su defecto que se indique que opera para todo el territorio nacional, y iii) demostrar que el interesado prestó efectivamente los servicios en cada zona durante el lapso alegado."

**Del Acuerdo 049 de 1990**

Dispone el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año:

---

[2] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección B. Bogotá, enero veinte (20) de dos mil cinco (2005). Radicado número: 11001-03-25-000-2003-0222-01(1259-03). Actor: Rafael Perdomo Barrada. Demandado: Policía Nacional.
[3] Consejero Ponente Dr. William Hernández Gómez.

> "Artículo 12. Requisitos de la pensión por vejez. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:
>
> a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,
> b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo."

**EL CASO CONCRETO**

Descendiendo al caso bajo estudio, revisada la documental obrante en el plenario, se observa que el demandante nació el 19 de octubre de 1949 (fl. 9), por lo que al 1° de abril de 1994 contaba con 44 años, 5 meses y 10 días por lo que **es, en principio, beneficiario del régimen de transición pensional** según el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en consecuencia le es aplicable el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

Conforme lo anterior, corresponde a la Sala verificar si el demandante cumple con los requisitos del artículo 12 del mentado Acuerdo para efectos de acceder a la pensión de vejez solicitada, esto es tener 60 o más años de edad en el caso de los hombres y un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de 1000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

He de advertirse que las anteriores exigencias conforme a lo dispuesto por el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia debían cumplirse antes del 31 de julio de 2010 y en caso de aquellos afiliados que no hubieren alcanzado a la anterior fecha los requisitos para pensionarse, la posibilidad de extensión del régimen de transición hasta diciembre del año 2014, se conserva siempre y cuando tuvieren cotizadas 750 semanas a 25 de junio de 2005.

En el presente caso, el demandante cumplió los 60 años de edad el **19 de octubre de 2009**, sin embargo dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, esto es entre el 19 de octubre de 1989 y el mismo día y mes del año 2009 no acreditó las 500 semanas, pues entre el

mencionado lapso cotizó 168.85 semanas, y tampoco acreditó las 1.000, semanas mínimas, pues conforme el reporte de semanas cotizadas allegado por Colpensiones a folios 58-60 cotizó un total de 919.28 semanas.

Ahora bien, como quiera que el actor solicita le sea tenido en cuenta como doble el tiempo prestado al servicio del Ejército Nacional entre el **16/02/1972 y el 30/01/1974** conforme Certificado de Información Laboral expedido por el Ministerio de Defensa Nacional y que obra a folios 36 a 37, revisadas las pruebas adosadas al plenario se tiene que no es posible acceder a dicha petición, por cuanto, si bien la normatividad nacional reconoce que el tiempo en que las personas se desempeñaran dentro de las fuerzas militares, incluidos los soldados, en épocas en las que se decretó el estado de sitio o de guerra internacional se compute doble, ello no opera *ipso iure,* ya que es necesaria la existencia de los decretos que declaran el estado de excepción, así como los actos que establecen que la zona en la que la persona prestó el servicio militar se encontró afectada y por ello se catalogó como de alto riesgo, según ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado .

Por tanto, no basta con las simples manifestaciones de la demanda que afirman que el servicio militar se prestó en un estado de excepción. Por otro lado, atendiendo a lo establecido por la Sala de Consulta Civil del Consejo de Estado en el concepto 1557 del 1° de julio de 2004, el tiempo doble se tiene en cuenta para quienes, una vez reconocido, continuaron en el régimen prestacional exceptuado de las Fuerzas Militares; no así para quienes se retiraron del servicio y optaron por el Sistema General de Pensiones, como en este caso se desprende de la historia laboral arrimada al proceso.

Así las cosas, teniendo en cuenta el informe rendido por el representante legal de Colpensiones (fls. 108-117) y la certificación expedida por el Ministerio de Defensa Nacional (fls. 36-37) se tiene que el señor Montaño Pinilla cotizó durante toda su vida laboral un total de **1020,11** semanas, por lo que, en principio, cumpliría con los requisitos de artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 para acceder a la pensión de vejez.

Pese a lo anterior, como en antecedencia se dijo, dichos requisitos debían cumplirse antes del 31 de julio de 2010, situación que no acaeció en el presente asunto, pues para dicha data, si bien el actor acreditó la edad requerida, no acreditó la densidad de semanas cotizadas ya que en total cotizó **883.27** semanas y dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima acredito un total de **269.67** semanas, por lo que su régimen de transición no se extendió hasta el 31 de diciembre de 2014.

Así las cosas, la Sala encuentra ajustada a derecho la sentencia de primera instancia al absolver de las pretensiones de la demanda, motivos por los cuales se **CONFIRMARÁ** en su integridad.

## COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

## DECISIÓN

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

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

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

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

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

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA** **DAVID A.J. CORREA STEER**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**
Magistrada Sustanciadora.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 008

**AUTO:**

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

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

## I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados de las demandadas y el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de Colpensiones respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que LUISA PAULINA ANGELA IRIARTE LOBOGUERRERO promoviese contra OLD MUTUAL S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

## II. ANTECEDENTES

**1. Hechos**

En lo que interesa para resolver la instancia, la actora pretende se declare la nulidad del traslado efectuado el 30 de diciembre de 1998 a través de Porvenir S.A., así como el realizado a Skandia S.A. (hoy Old Mutual S.A.) el 05 de septiembre de 2011.

Como consecuencia de ello, depreca se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones tener entre sus afiliados a la accionante como si nunca se hubiese trasladado. Así mismo, se reconozcan los intereses generados por la mora injustificada en la no autorización del traslado.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta, la presunta falta de información a la demandante, de parte de la AFP Porvenir S.A, al momento de efectuarse el correspondiente traslado.

**2. Actuación Procesal.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**COLPENSIONES** (fls. 58-78) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Expuso que la demandante no está amparada por el régimen de transición y por tanto no puede regresar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, debió hacerlo cuando le faltaran más de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para adquirir su derecho a la pensión, pero como la solicitud la elevó cuando le faltaba meno de 10 años para cumplir con el requisito de la edad ya no puede regresar al régimen administrado por Colpensiones.

Indica que, para la conservación del régimen de transición en los casos de traslado de régimen se debe observar lo establecido en la sentencia C-789 de 2002 en concordancia con el Decreto 692 de 1994, el Decreto 3995 de 2008 y especialmente la sentencia SU 062 de 2010, siendo requisito fundamental acreditar 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994 para conservar el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Menciona que, en el presente asunto no se da el vicio del consentimiento alegado por error, ya que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia del acto jurídico celebrado entre la

demandante y la administradora de pensiones, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad que es aquel que, por esencia afecta la validez del acto y lo condena a su anulación.

Adicionalmente, indica que, de tener en cuenta que la nulidad alegada si existió, la misma no se alegó dentro el término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil, además que fue saneada en los términos del artículo 1752 ibídem.

Por su parte, la **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** (fls. 87-127), se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las denominadas prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

Expuso que la afiliación de la demandante a esa entidad no se efectuó como traslado de régimen pensional sino como traslado de AFP pues se encontraba vinculada a Porvenir S.A., por lo que su situación pensional no se modificó.

Indica que el hecho que la demandante mantenga vigente su afiliación al RAIS, no obedeció a una conducta arbitraria o caprichosa del fondo de pensiones y menos de esas sociedad, sino a la falta de manifestación de voluntad de la misma demandante de regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Menciona que el acto jurídico que se celebró entre esa entidad y la demandante es totalmente válido, cumplió con los requisitos legales y carece de algún tipo de nulidad sea relativa o absoluta y en el caso concreto, no se presenta ninguno de los supuestos de hecho que se necesitan para declarar una nulidad absoluta.

Respecto de la nulidad relativa, aduce que la demandante debió señalar cual de las causales se configuraron en la celebración del contrato de traslado de AFP y analizando el caso concreto, no se podría aplicar ni la incapacidad relativa, ya que no existe prueba alguna que la actora sea incapaz para celebrar contratos y por ende adquirir derechos y obligaciones, sumado a que el traslado de régimen se hizo con la AFP Porvenir S.A.

Aduce que el error de derecho no produce vicios del consentimiento y que el error de hecho, conforme el artículo 1510 del Código Civil solo vicia el consentimiento cuando el error se presenta en cuanto a la especie del acto o contrato o sobre la identidad de la cosa en específico, errores que no se verifican en el contrato celebrado por la actora y esa sociedad, ya que la demandante sí pretendió afiliarse al RAIS y seguir afiliada a este, trasladándose entre administradoras, con lo cual se convalidó su decisión de seguir perteneciendo al RAIS.

Refiere que el deber de información en los términos citados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia debe verificarse en relación con la fecha en que se produjo el traslado de régimen pensional, por cuanto para la expedición de la Ley 100 de 1990 tal requisito no se encontraba vigente.

**PORVENIR S.A.** (fls. 160-184) se opuso a las pretensiones de la demanda, presentó como excepciones de fondo las denominadas prescripción de la acción que persigue la nulidad de la afiliación, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, ausencia de responsabilidad atribuible a mi representada, buena fe, compensación y la innominada o genérica.

Adujo que la afiliación de la demandante a esa entidad es un acto válido, en la medida que suscribió solicitud de vinculación como traslado de régimen el 30 de diciembre de 1998, de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión, tal y como lo hace constar al imponer su firma en la casilla correspondiente dentro del formulario de afiliación.

Indica que es claro que la accionante tomó una decisión informada y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado a Porvenir, manifestando pleno conocimiento en el proceso de la vinculación, pues con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al RAIS, luego de haber recibido asesoría sobre las características del régimen y las implicaciones de su decisión, especialmente en lo relativo al régimen de transición.

Menciona que no puede desconocerse que la demandante, además de derechos, tiene deberes en el manejo de su futuro pensional, por lo que si tenía alguna duda respecto del régimen siempre contó con diversos canales para resolver las inquietudes, además que no puede alegar que no conocía la ley en materia pensional, pues "la ignorancia de la ley no sirve de excusa".

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

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

Finaliza mencionando que, para que se impute responsabilidad a una persona, independientemente de su naturaleza jurídica, deben configurarse

tres elementos; el daño, la culpa y la relación de nexo o causalidad, con lo cual, si falta uno o más de estos elementos no existe juicio de reproche que genere la obligación de reparar y en este caso no existe prueba del presunto daño causado, ni de acción imputable a Porvenir S.A. que haya producido daño.

**3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La ***A quo*** dictó sentencia condenatoria:

***PRIMERO. – DECLARAR*** *la ineficacia de la afiliación de la señora Luisa Paulina Angela Iriarte Loboguerrero a la AFP Porvenir S.A., suscrita el 30 de diciembre de 1998, por los motivos expuestos en esta sentencia y en consecuencia. DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*

***SEGUNDO. - ORDENAR*** *a la AFP PORVENIR S.A. a la AFP OLD MUTUAL S.A. a trasladar todos los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta individual a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración.*

***TERCERO. - ORDENAR*** *a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a recibir los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta individual de conformidad con lo ordenado en precedencia.*

***CUARTO. - DECLARAR*** *no probada la excepción de prescripción, relevándose el despacho del estudio de los demás medios exceptivos, de acuerdo con lo motivado en este fallo. (...)*

Como fundamento de su decisión, el A Quo, indicó en primer lugar, que la H. Corte Suprema de Justicia se ha referido a términos como ineficacia, nulidad e invalidez del traslado; indica que, se habla de ineficacia del traslado cuando se ve inmersa la afectación de la voluntad del cotizante, no existe decisión informada por parte de la AFP e información suficiente para el afiliado y se ha hablado de nulidad del traslado cuando el afiliado, habiendo alcanzado el derecho a la pensión en el RPM y a pesar de informar a la entidad el contenido de su historia laboral, y él mismo admite la afiliación al enterarse de las reales consecuencias del traslado.

Así mismo precisó, que la mencionada Corporación ha señalado, que la información debe comprender todas las etapas del proceso y que la AFPs deben proporcionar a los interesados información completa y comprensible a la medida y simetría de un administrador experto en materia de alta complejidad, que el engaño no solo se produce en el que firma, sino en el silencio que guarda el profesional que debe tener la iniciativa de proporcionar lo que resulta relevante para la toma de la decisión que se persigue, con lo que

la diligencia debida produce el traslado de la carga de la prueba a la AFP y que ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por el incumplimiento del deber de información.

Para el caso bajo estudio indicó, que si bien obra formulario de afiliación de la demandante, no existe constancia por parte de PORVENIR S.A. que se le hubiese suministrado a la afiliada información clara y precisa sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgo de cambio de régimen, pese a que esa carga le corresponde a la AFP y tampoco puede admitirse el argumento que hace referencia a que la accionante firmó libre y voluntariamente el formulario, ya que la libertad presupone el conocimiento pleno de las consecuencias y de una decisión sin información suficiente no puede resultar una autodeterminación.

**4. APELACIÓN**

**PORVENIR S.A.**

Indicó que fue demostrado en el proceso que la solicitud de vinculación fue suscrita por la demandante, dejando constancia que había sido de manera libre, espontánea y sin presiones, por lo que acepta que recibió la asesoría, además, existe un documento adicional donde se deja constancia que su decisión fue libre, espontánea y sin presiones y conocía que tenía derecho a un bono pensional, los tiempos que duraría ese trámite y el tiempo cotizado en Colpensiones, documentos que no fueron tachados de falsos y contienen la firma de la actora, por lo que deben dársele pleno valor probatorio.

Mencionó que el formulario contaba con las exigencias legalmente vigentes para el año 1998, máxime cuando para esa fecha la entidad no estaba obligada a entregar proyecciones pensionales, además, solicita se haga el análisis de las pruebas de dicha asesoría a la luz de la normatividad vigente para 1998 data para la cual se tiene que la obligación que existía era la de indicar a los afiliados de las características, condiciones de acceso y servicios a cada uno de los regímenes y las consecuencias del traslado, información que fue suministrada a la demandante, lo cual se demostró con el interrogatorio de parte por ella rendido.

Indicó que el 22 de marzo de 2012 la demandante suscribió una ratificación como independiente y quedó constancia de que fue asesorada e informada sobre bonos pensionales, régimen de transición, las implicaciones de su decisión, el derecho de retracto, además, dicha entidad el 4 de junio de 2004 dio respuesta a una solicitud de pensión anticipada y en esa comunicación se le informó que en ese momento no era posible pensionar anticipadamente, que podía generar aportes voluntarios y se le informó cuál sería la mesada proyectada a los 57 años, por lo que en ese

momento se ratificó toda la información dada, siendo ese el momento en, que si la demandante se sintió engañada, para trasladarse a Colpensiones, pese a lo cual, optó por seguir en Porvenir S.A. generando aportes voluntarios al fondo desde el 2007 y el 2011, además que posteriormente se trasladó a Skandia, con lo que se concluye que la demandante sí conocía las características de ambos regímenes y las consecuencias del traslado.

Afirmó que lo que motiva el presente es la diferencia de la mesada pensional en ambos regímenes, lo cual no puede sustentar una pretensión de nulidad, básicamente porque la entidad no tenía como conocer cuales eran los IBC futuros de la demandante, si iba a ejercer acciones positivas para lograr sus metas de ahorro, lo cual no puede imputarse a esa entidad.

Expuso además que, del material probatorio obrante, la conclusión a la que se debe llegar es que se cumplieron los requisitos del artículo 1502 del Código Civil y por ello no hay lugar a declarar la ineficacia pretendida, por lo que solicita se tenga en cuenta que la demandante se trasladó a OLD MUTUAL en el año 2011, por lo que PORVENIR S.A. ya no tiene en su poder ningún saldo en la cuenta de ahorro individual de la demandante, estando dichos dineros en poder de OLD MUTUAL, luego, la única obligación de esa entidad sería la de registrar a nulidad en su sistema.

Considera que debe tenerse en cuenta que las consecuencias del traslado de régimen están consagradas en la Ley 100 de 1993, por ende, de existir algún error sería de derecho y conforme con el artículo 1516 del Código Civil, un error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento.

Concluye indicando que, en el hipotético evento que se considere que hay lugar a confirmar la ineficacia del traslado, solicita se revoque la orden de devolución de gastos de administración, ya que los argumentos de la Corte Suprema de Justicia para ordenar la devolución de dichos emolumentos se sustenta en el artículo 1746 del Código Civil, por considerar que dichos descuentos deben tenerse como un detrimento del bien entregado en administración, no obstante, dichos descuentos no pueden considerarse como un detrimento derivado del traslado al RAIS, ya que de conformidad con la Ley 100 de 1993 esos descuentos también se hubieran causado en el RPM y en la misma proporción, adicionalmente, dichos descuentos permitieron que esa entidad realizara inversiones en mercados de valores que permitieron generar rendimientos a favor de la afiliada, los cuales superan los dineros descontados por gastos de administración.

**OLD MUTUAL S.A.**

Advirtió que interpone recurso de apelación de manera parcial, en lo que respecta a la devolución de los gastos de administración.

Para el efecto argumentó que resulta imposible reintegrar estos gastos conforme lo indica el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el cual especifica que en el RAIS el 10% de ingreso base de liquidación se destina a unas

cuentas de ahorro pensional y de ahí se toma un 3% que se destina a financiar unos gastos de administración, una prima de seguros de invalidez, además, el Decreto 692 de 1994 habla de una distribución de las cotizaciones e indica que los fondos de pensión mientras no se liquiden deben de tener de manera separada cuentas de reserva para la pensión de vejez y gastos de administración en relación con los riesgos originados en la pensión de invalidez y de sobreviviente y que podrán contraer los seguros respectivos o asumir el riesgo directamente, pero en uno u otro caso deberán de tener cuentas separadas.

Por lo anterior, dijo, se puede concluir que en ambos regímenes se destina un dinero para cubrir los gastos de administración, correlativamente entonces en ese sentido se van a crear unas obligaciones y unos deberes que deben cubrir las administradoras de pensiones como lo son administrar una cuenta de ahorro pensional, garantizar una rentabilidad mínima de unos fondos de pensiones y garantizar, en caso de que se cumplan unos requisitos de pensión sea de sobrevivencia o invalidez, financiar dicha prestación.

Expresó que, si bien la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que la declaratoria de ineficacia genera el regreso automático de las cosas a su origen, conforme lo indica la sentencia SL 3464 de 2019, le corresponde al Juez hacer un estudio de una ponderación objetiva en cuanto a las restituciones mutuas y buena fe que ostenta esa sociedad.

Así explicó que, primer lugar se debe admitir que SKANDIA actuó de buena fe en toda la relación que ha tenido con la demandante y ha administrado de forma correcta la cuenta de ahorro de la misma, como se evidencia en el estado de cuenta aportado al presente, segundo, su comisión de administración está dirigida a retribuir las diferentes actividades que deben desarrollar todas las entidades pensionales dentro de las cuales esta COLPENSIONES y dicha comisión no es del afiliado y no está destinada a la pensión porque tanto en el RPM como en el RAIS la ley dispone el mismo porcentaje para ambos, por lo que ordenar que se devuelva a COLPENSIONES este porcentaje genera un enriquecimiento sin causa a favor de la mentada entidad porque no podrá cumplir de forma retroactiva dicha función y sería a partir de la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia, que esa entidad podría cumplir con dicha disposición legal.

Sumado a lo anterior, la mentada declaratoria le genera un perjuicio económico, así como un detrimento en el patrimonio, pues toma unos dineros que ya fueron descontados en su momento mes a mes por la efectiva administración.

**COLPENSIONES.**

Se opuso a la sentencia afirmando que la demandante no demostró, a la luz del artículo 167 del CGP los supuestos fácticos de su escrito de demanda, pues no basta con el simple hecho de afirmar que fue engañada por parte de porvenir S.A. al momento de su traslado, sino que debe demostrar tales fundamentos y con el interrogatorio de parte y las pruebas documentales allegadas es posible determinar que la demandante no fue presionada ni coaccionada para realizar el traslado del régimen pensión que efectuó en su momento, ya que de las manifestaciones realizadas en su

interrogatorio de parte es posible determinar en gran parte su motivación radica en el valor de la mesada pensional que recibiría en el RAIS, hecho que no vicia el consentimiento al tratarse de un error de derecho, que no tiene la fuerza para lograr la nulidad o ineficacia del traslado de régimen.

Adujo que la demandante no puede beneficiarse de su propia negligencia, ya que era su obligación de corroborar la información suministrada por parte del asesor de Porvenir S.A., sumado a que ella misma reconoció en el interrogatorio que no acudió al ISS en su momento a verificar la información.

Indicó que la decisión proferida atenta contra el principio de sostenibilidad financiera, el cual tiene como fin proteger el patrimonio público y en este caso debe tenerse en cuenta que la demandante durante su historia laboral ha cotizado en su mayoría al RAIS, y el traslado al RPM buscando un mejor beneficio económico provoca un detrimento en el ahorro y los aportes que han generado durante toda su vida laboral los afiliados al RPM.

Concluyó diciendo que, en caso de que la sentencia de primer grado no se revoque, solicita se confirme la decisión tomada en cuanto a la devolución de los rendimientos financieros y gastos de administración.

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

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 13 de octubre de 2020, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 18 de enero del 2021 se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la demandante, Porvenir S.A. y Colpensiones.

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

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

## III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** a resolver se circusncribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

**De la ineficacia del traslado**

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

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

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

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

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

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

| Etapa acumulativa | Normas que obligan a las administradoras de pensiones información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|---|---|---|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br><br>Decreto 2241 de 2010 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n. 0 016 de 2016 | Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

*1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.*
*Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de*

*que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debia cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

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

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

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

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

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

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

*...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo anterior, no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de

Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

**EL CASO CONCRETO**

Se encuentra probado en el expediente que: i) la activa se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del entonces I.S.S., el día 01/02/1980 (fl. 58); ii) que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. el día 30/12/1998 (fl. 14 y 175), que posteriormente se trasladó a la AFP Skandia (hoy Old Mutual S.A.) el 05/09/2011 (fl. 15 y 102) y iii) que solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el día 15/09/2017 (fl. 17) pero le fue negada la posibilidad por las demandadas.

A folios 14 y 175 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 30 de diciembre de 1998 con Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado*[1]

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

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

Al respecto, teniendo en cuenta el argumento presentado por PORVENIR S.A. al momento de sustentar su recurso, frente a la reasesoría recibida por la actora el 22/03/2002 y el documento enviado por esa entidad el 04/06/2004, ha de indicarse que como ya se dejó expuesto en líneas anteriores, la jurisprudencia ha considerado que el acto de la debida y completa información debió darse en el momento incial del traslado de

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

régimen y que las posteriores reasesorías no subsanan la omisión del deber de información.

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

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

> *"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*
>
> *Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*
>
> *Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.*
>
> *La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.*
>
> *Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."*

Es por ello por lo que, se confirmará la decisión de primer grado en tal sentido.

En cuanto al argumento esgrimido por Porvenir S.A. al sustentar su recurso de apelación, tal y como lo indicó la sentencia anteriormente citada, en casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, la ineficacia resulta insaneable ni por el paso del tiempo ni por la ratificación de la afiliada, ya que no es saneable aquello que no produjo efectos.

Frente a la devolución de las cuotas o gastos de administración que ordenó efectuar la A Quo, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los gastos de administración que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. En igual sentido, la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

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

De esta manera, es claro que la declaratoria de ineficacia de traslado genera a cargo de todas las entidades involucradas el deber de reintegrar los

correspondientes valores que percibieron como cuotas de administración y comisiones, por lo que, en tal sentido se considera acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia.

En cuanto al argumento de Porvenir S.A. de revocar la orden de devolución de dineros que tenga en su poder, ha de decirse que a dicha petición no se accederá como quiera que no obra prueba alguna que demuestre que hubiese devuelto lo correspondiente a los gastos de administración.

Al respecto, en sentencia SL 1688 de 2019 (rad. 68838), se dijo:

> *"Está probado que la AFP accionada consignó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f° 98 a 101), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018 y CSL SL 1421-2019, debe asumir con cargos a sus propios recursos."*

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

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

## IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

## V. DECISIÓN

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

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

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

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

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

Los Magistrados,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**DAVID A.J. CORREA STEER**
Aclara Voto!

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**
Magistrada Sustanciadora.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 008

## I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A.J CORREA STEER, a resolver los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por las apoderadas de Porvenir S.A. y Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de julio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que ADALBERTO ARAUJO PADILLA promoviese contra COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., y PORVENIR S.A.

## II. ANTECEDENTES

### 1. HECHOS.

En lo que aquí concierne, con la demanda el actor pretende se declare la *"nulidad"* del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Porvenir S.A.; y que se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones. Como consecuencia de lo anterior, solicita que Colfondos S.A. restituya todos los valores que hubiere recibido en virtud de la afiliación, y que Colpensiones compute en su historia laboral todos los tiempos que fueron aportados en el régimen de ahorro individual.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información de parte de Colfondos S.A. y Porvenir S.A., al momento de efectuarse los correspondientes traslados.

**2. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**COLPENSIONES** (fls. 152 a 165), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, y la innominada o genérica.

Expuso que el accionante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A.; y que la libertad de escogencia es un derecho de rango legal y no de origen constitucional, siendo deseo del legislador el entregarle la facultad a cada afiliado de escoger el régimen pensional de su conveniencia.

Dijo que la Ley 797 de 2003 estableció la imposibilidad de que el afiliado se traslade de régimen cuando le falten menos de diez años para cumplir la edad de pensión de vejez, por lo que al solicitarse el retorno al régimen de prima media el 17 de septiembre de 2018 se encontraba en imposibilidad de aceptar el traslado del accionante.

Señaló que en la sentencia SU-130 de 2013 se estableció que únicamente podían retornar en cualquier tiempo las personas que se encontraban en el régimen de transición que contaran con más de 15 años de servicios prestados al 01 de abril de 1994.

Indicó que para la época del traslado únicamente era necesario que el potencial afiliado suscribiera el formulario de afiliación y que su suscripción era libre y voluntaria, conforme al Decreto 692 de 1994; que el deber de información sólo nació con la Ley 1748 de 2014; que la Superintendencia Financiera estableció, a través de la Circular 01 de 2016, que a partir del 01 de octubre de 2016, previo a la afiliación, se debía brindar una asesoría para aquellos afiliados que consideraran trasladarse; y que el deber de emitir proyecciones pensionales a los afiliados nació con el Decreto 2071 de 2015;

Concluyó indicando que, conforme al artículo 151 del C.P.T y de la S.S, operó la prescripción al no ser demandada la nulidad y/o ineficacia del traslado dentro de los tres años siguientes de efectuada la afiliación por parte del actor.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** (fls. 186 a 196 y 206 a 211), de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, nadie puede

ir en contra de sus propios actos, y obligación a cargo exclusivamente de un tercero.

Expuso que cumplió con el deber de información, pues no omitió exponer las características de los regímenes pensionales ni suministró datos errados del funcionamiento de estos; que sus asesores están capacitados para brindar una información clara y veraz; que el accionante al suscribir su formulario de afiliación dejó constancia que su selección de régimen era libre, espontánea y sin presiones; que el formulario cumplía los requisitos del Decreto 692 de 1994; y que el accionante no hizo uso del derecho de retracto de que trata el Decreto 1161 de 1994.

Explicó que tan sólo con la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 se dispuso la obligación de poner a disposición de los afiliados herramientas financieras que le permitan conocer las consecuencias del traslado;

Manifestó que no se atentó contra la afiliación del actor en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que fue él quien de su puño y letra suscribió el formulario de afiliación.

Adujo que no se efectuó presión de ninguna naturaleza para que el accionante efectuara su traslado al RAIS; que el error de derecho no vicia el consentimiento; y que el error de hecho no vicia el consentimiento sino cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica.

Indicó que el término máximo de prescripción que se podría contabilizar es de cuatro años, pues conforme al artículo 1750 del C.C., para solicitar la rescisión de un contrato se cuenta con tal tiempo.

Finiquitó señalando que el accionante al momento de efectuar su traslado pensional no contaba con una expectativa legítima de pensión ni era beneficiario del régimen de transición; y que por ello, no podía retornar al régimen de prima media con prestación definida, conforme a las sentencias SU-062 de 2010 y C-789 de 2002.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** (fls. 244 a 268), de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, inexistencia de la obligación, buena fe, y la genérica.

Expuso que para que se declarara una nulidad absoluta era imperativo que se demostrara la existencia de una causa u objeto ilícito en la contratación, o que el demandante era incapaz absoluto; que de existir un vicio del consentimiento, únicamente habría error, bien porque el actor tuvo una falsa noción de las implicaciones de su traslado o porque las ignoró

por no habérsele suministrado información suficiente; que el error aludido sería de derecho, el que no vicia el consentimiento; y que cualquier vicio del consentimiento quedó saneado al estar el accionante más de 30 años afiliado al RAIS.

Indicó que no están configurados los supuestos de hecho que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 para que se pueda establecer que el fondo atentó contra los derechos de afiliación del accionante.

Dijo que se debe garantizar el debido proceso teniéndose en cuenta que los fundamentos legales para invocar la nulidad del traslado son diferentes a los de la ineficacia del traslado.

Explicó que la solicitud de vinculación es un documento público que goza de la presunción de autenticidad.

Señaló que del consentimiento informado quedó constancia en el formulario de afiliación, en el que se manifestó que el accionante eligió el fondo de forma libre, espontánea y sin presiones; y que el actor no hizo uso del derecho de retracto.

Finalmente expresó que con la decisión de declarar ineficaz el traslado se está desconociendo el principio de la autonomía de la libertad privada del accionante, así como el poder de disponer con efecto vinculante de sus intereses y derechos de los que es titular; que el demandante al momento del traslado no contaba con derechos consolidados, por lo que no existía restricción para que libremente eligiera el régimen pensional que más le convenciera; y que el término máximo de prescripción que se podría contabilizar es de cuatro años, conforme la normatividad civil que rige la materia.

## 3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

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

> **PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA** de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el actor a Porvenir S.A., realizada el día 15 de noviembre de 1996, y consecuencialmente los traslados horizontales entre fondos privados administradores del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad efectuado a la AFP COLFONDOS S.A. el 27 de noviembre de 2013
>
> **SEGUNDO: DECLARAR** como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones.
>
> **TERCERO: ORDENAR** a COLFONDOS S. A. devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del demandante, juntos con los rendimientos financieros causados, con destino a la Colpensiones y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

En síntesis, refirió que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido pacífica en establecer que para que exista validez el fondo privado tiene que cumplir con su deber de información, que no es suficiente para acreditar la anterior obligación la suscripción del formulario de afiliación, que tal carga probatoria recae en el fondo privado, y que la ineficacia de traslada a afiliados que no son beneficiarios del régimen de transición o tienen una expectativa legítima de pensionarse.

Dijo que la sanción jurídica por no suministrarse la correspondiente información a los afiliados al momento de efectuarse el traslado es su ineficacia, en virtud de lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, por cuanto cualquier atentado contra la libertad de afiliación se sanciona con la inexistencia del acto.

Agregó que del acervo probatorio recolectado no se logra deducir que al demandante se le brindó información ni cuales fueron los funcionarios de Porvenir S.A. que le brindaron la correspondiente asesoría; y que pese a que el interrogatorio de parte no resultó lo suficientemente fidedigno, pues el accionante incurrió en contradicciones que no permiten extraer cuales fueron las circunstancias que rodearon su afiliación, no existe prueba que dé cuenta que fue debidamente asesorado en los términos expuestos por la Corte Suprema de Justicia.

Concluyó indicando que no opera la excepción de prescripción dado que las pretensiones encaminadas a lograr la ineficacia de traslado son de carácter declarativo, por lo que no son objeto de extinción, más aún cuando lo que se pretende es conexo al derecho fundamental de la seguridad social.

## 4. RECURSO DE APELACIÓN.

**PORVENIR S.A.** expresó que el deber de información que se está solicitando a los fondos de pensiones es el de doble asesoría, que corresponde a la última etapa en lo que refiere a la obligación de informar al afiliado.

Añadió que en interrogatorio de parte, el demandante intentó hacer incurrir en error al juzgador, al hacer manifestaciones que se contradicen con los supuestos fácticos narrados en la demanda, dio respuestas evasivas, e hizo mención de diferentes circunstancias de modo, tiempo y lugar de cómo se efectuó la afiliación; que lo anterior constituye un indicio grave en contra del actor, y que del interrogatorio de parte se desprende que este no tiene muy claro por qué está demandando, lo que quiere decir que no conoce siquiera si existe un perjuicio contra él, por demás que siempre mostró un desinterés de su proyecto pensional.

Finiquitó señalando que sí se acreditó el correspondiente deber de información, pues en el plenario obra formulario de afiliación sin que sea posible exigir que se hagan proyecciones pensionales, dado que no se conocía la realidad de los salarios que pudiere llegar a devengar el accionante; que el formulario de afiliación es una prueba ab substantiam

actus, por lo que no se podía exigir pruebas adicionales, es el único documento que era exigible para el año de 1996, fecha de traslado del actor; que para la época de la afiliación del actor el formulario era un documento válido para la Superintendencia Financiera, y toda la información que tiene es legítima.

**COLPENSIONES** por su parte expuso que la jurisprudencia ha sido clara en manifestar que cada caso tiene que ser estudiado con sus particularidades.

Adujo que en el caso brilla por su ausencia la consumación de un daño, especialmente del interrogatorio de parte, en el que el accionante manifestó que no conocía las razones de su demanda.

Manifestó que la selección de régimen es libre y voluntaria, por lo que los traslados regímenes obedecen al principio de libre escogencia; que el accionante no intentó regresar pese a que su traslado fue en el año de 1994, silencio que ratifica su querer de estar en el fondo privado, por demás que el accionante nunca hizo nada para retornar a Colpensiones, hizo traslados horizontales dentro del régimen de ahorro individual, y debió darse cuenta de las particularidades que tenía su prestación al recibir los correspondientes extractos enviados por la AFP.

Adujo que en sentencia C-1024 de 2004 la Corte Constitucional señaló que el derecho a la libre escogencia es un derecho de rango legal y no constitucional, por lo que era deseo del legislador darle al afiliado la facultad de escoger el régimen de su conveniencia.

Agregó que la decisión de declarar ineficaz el traslado afecta la sostenibilidad financiera, ya que la razón de ser de la restricción de trasladarse dentro de los diez años anteriores al cumplimiento de la edad tiene como fin evitar la descapitalización de los regímenes pensionales, y proteger las pensiones de las personas que han venido contribuyendo al régimen de prima media con sus correspondientes aportes.

Finalmente indicó que no estuvo en la afiliación por lo que no debía imponérsele condena en costas, nada tuvo que ver en el traslado del actor, aunado a que quien causa el daño es quien debe repararlo.

## 5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

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

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte actora y de Colpensiones, quienes se ratificaron en los argumentos fácticos y jurídicos de su defensa.

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

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

## III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** definir si es ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

**INEFICACIA DEL TRASLADO.**

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

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

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

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

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

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

| Etapa acumulativa | Normas que obligan a las administradoras de pensiones información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|---|---|---|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br><br>Decreto 2241 de 2010 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un |

| | | |
|---|---|---|
| | | consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n. 0 016 de 2016 | Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoria de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.*

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

*Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A.*

*de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.*

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

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

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

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

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

*"3. ¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?*

*Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.*

*Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora*

*privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.*

*Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.*

*Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición.*

*(...)".*

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

**Caso concreto.**

Se encuentra probado en el expediente que: i) la activa se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del entonces I.S.S., pues obra historia laboral en la que se da cuenta que cotizó a tal régimen desde el 25 de enero de 1980 (fls. 166 a 170); ii) que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A el día 15 de noviembre de 1996 (fl.269), que posteriormente se trasladó a la AFP Colfondos S.A. el 27 de noviembre de 2013 (fl.217) y iii) que solicitó a las demandadas retornar nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el día 31 de octubre de 2018, pero le fue negada tal posibilidad por Colpensiones y Colfondos S.A. (fls. 65 a 78).

A folio 269 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 15 de noviembre de 1996 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *la*

*simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado*[1].

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose la correspondiente AFP en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; tal omisión no es dable suplirla con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, pues este indicó que no recibió asesoría de ningún tipo, de manera que no es posible tenerlo por confeso.

Sobre tal aspecto, no desconoce la Sala que en el mencionado interrogatorio de parte el demandante fue evasivo y su declaración no resultó lo suficientemente fidedigna, sin embargo, ello no suple la obligación que recaía en cabeza de la pasiva en cuanto a demostrar el cumplimiento de su deber de información, sin que se encuentre prueba adicional en el plenario de la que se pueda inferir el acatamiento de tal obligación, máxime teniendo en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

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

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

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

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

resulta errado. En igual sentido, ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia que a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, **la ineficacia es insaneable** en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

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

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

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

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

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

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

*"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual*

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

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

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

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

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

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen*

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

Por las razones anteriormente expuestas la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo, por lo que CONFIRMARÁ la sentencia en su integridad.

## IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

## V. DECISIÓN

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

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

**PRIMERO**. – **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos, conforme las motivaciones expuestas en la parte motivan de esta decisión.

**SEGUNDO.**– Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA** **DAVID A.J. CORREA STEER**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Sustanciadora

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

Discutido y Aprobado según Acta No 008

## I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados de la parte actora y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **SHIRLEY EDITH PEÑA VÉLEZ, ANDRÉS FELIPE RAMÍREZ BOTERO, y ANDREA GARCÍA GARCÍA** promoviesen contra el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.**

## II. ANTECEDENTES

### 1. HECHOS

En lo que aquí concierne con la demanda, los demandantes pretenden se declare la existencia de un contrato de trabajo con **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A** así: con **SHIRLEY EDITH PEÑA VÉLEZ** del 10 de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015; y **ANDRÉS FELIPE RAMÍREZ BOTERO, y ANDREA GARCÍA GARCÍA** del 01 de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015 y que se les cancele cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria, e indexación.

Deprecan que se declare que el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** es solidariamente responsable del pago de las acreencias laborales que se impongan a **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A**

Subsidiariamente solicitan se declare, que el verdadero empleador es el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**; que **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.**, es solidariamente responsable; y que las demandadas, en solidaridad, deben pagar, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria, e indexación.

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumenta, que entre el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** y **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.** se suscribieron los contratos de prestación de servicios N° 275 de 2014, y 147 de 2015, en los que se dispuso la contratación de una empresa de servicios temporales a fin de que ésta suministrara personal en misión; que los demandantes fueron contratados en virtud de lo anterior; y que no se les pagó la totalidad de prestaciones sociales y vacaciones.

### 2. ACTUACIÓN PROCESAL.

Notificada las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**FONDO NACIONAL DEL AHORRO** (fls. 129 a 206), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo las excepciones de mérito que denominó carencia de causa y objeto, inexistencia de la relación laboral, buena fe, susencia de responsabilidad, y carencia de solidaridad, y la genérica.

Manifestó que entre los demandantes y el Fondo Nacional del Ahorro no existió un contrato de trabajo, pues no se encuentran acreditados fehacientemente los elementos de prestación personal del servicio, remuneración y subordinación. Afirmó que, el contrato suscrito entre esa entidad y **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.**, no guarda relación de causalidad con el vínculo existente entre la empresa de servicios temporales y los demandantes, pues el primero es quien resulta el verdadero empleador de los segundos.

Finiquitó, llamando en garantía a **LÍBERTY SEGUROS S.A.**, en virtud de la celebración del contrato N° 275 de 2014, indicando que la empresa temporal constituyó la póliza de seguros N° 2436541 destinada a cubrir los riesgos de cumplimiento del contrato, calidad del servicio, salarios y prestaciones sociales.

Por su parte, **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.** (fls. 319 a 332) también se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de procedimiento concursal en curso para el pago de las prestaciones sociales pretendidas por los demandantes, existencia de afectación de poliza para pago de prestaciones sociales objeto de la demanda, y la genérica.

En su defensa manifestó que, el reconocimiento y pago de prestaciones sociales de los demandantes se encuentra sometido a las reglas del proceso concursal establecidas en la Ley 1116 de 2006, al encontrarse en estado de liquidación, según el cual, todos los acreedores tienen la carga procesal de presentar sus acreencias dentro de los 20 días siguientes a la desfijación del aviso proferido por la Superintendencia de Sociedades.

Concluyó explicando que, la liquidadora tiene unas funciones establecidas en la ley de insolvencia, debiendo proceder a actualizar los créditos calificados y graduados; calificar los créditos presentados en el proceso de liquidación en el término establecido en la ley; elaborar el inventario de bienes de la empresa deudora; enajenar los activos inventariados, una vez se cuente con la aprobación del Juez del Concurso, y la calificación y graduación de créditos y derechos de voto; que la demandada se encuentra en una imposibilidad jurídica y material para realizar el pago de salarios y prestaciones sociales de los demandantes por fuera del proceso liquidatorio.

**LÍBERTY SEGUROS S.A.** (fls. 375 a 407), también se opuso a las pretensiones de la demanda, así como a las del llamamiento en garantía, presentando como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, respeto del Fondo Nacional del Ahorro; ausencia de solaridad entre los demandados- las empresas usuarias no responden solidariamente por los salarios y prestaciones no pagados por las empresas de servicios temporales no pagados por las empresas de servicios temporales- ausencia de obligación alguna de pago en cabeza del Fondo Nacional del Ahorro por no ser el empleador de los demandantes; inexistencia de obligación- la conducta del Fondo Nacional del Ahorro, en el presente caso, ha sido de buena fe; extinción de las obligaciones- pago; prescripción; buena fe; y la genérica.

Indicó que, durante la relación laboral, **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.** pagó a los demandantes el valor de los salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social. Señaló que, para febrero de 2016, **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.** estaba en proceso de reorganización, y posterior en proceso de liquidación judicial, situación por la que, le estaba prohibido efectuar los pagos correspondientes de acreencias laborales de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006.

Dijo que, el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** no fue empleador de los trabajadores, por lo que no se le puede imputar **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.**, que no existe solidaridad cuando la contratación se hace a través de empresas temporales según criterio de la Corte Suprema de Justicia.

Agregó que, en caso de iliquidez por parte de **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.** para efectuar el pago de salarios y prestaciones sociales, quien asumió las correspondientes obligaciones laborales fue la Compañía Aseguradora **CONFIANZA S.A.**

Finalmente expuso que, conforme a la póliza contratada, únicamente se cubre el pago de salario, prestaciones sociales legales, e indemnizaciones que se puedan generar, pero no hay un cubrimiento expreso frente a las pretensiones de la demanda; que si se llega a demostrar que existió una vinculación laboral directa y real con el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, tal situación no es objeto de cobertura; que no existe reclamación elevada por parte del **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** en los términos del artículo 1077 del C. de Co.; y que el Fondo Nacional del Ahorro conocía la situación de insolvencia de **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.**, así como la cesación de pagos de parte de ésta, de manera que tenía la obligación, una vez ocurrido el siniestro, de evitar su extensión o propagación.

En audiencia del 13 de agosto de 2018, el Juzgado de Primera Instancia dispuso la vinculación de **CONFIANZA S.A.** (fls. 456 y 457), quien se abstuvo de hacer pronunciamiento frente a las pretensiones de la demanda y se opuso a las del llamamiento en garantía (fls.519 a 536).

Expresó que la póliza que celebró con **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.** tuvo una vigencia entre el 31 de diciembre de 2011 y el 01 de enero de 2015, y tenía como objeto el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de los trabajadores en misión en caso de iliquidez de la empresa; que únicamente los trabajadores en misión de **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.** son los que tienen la legitimación en la

causa para solicitar su vinculación; que no existe una relación jurídica que la una a las demandadas; que la póliza no tiene por objeto cubrir las acreencias laborales de los trabajadores directos del **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**; y que en virtud de lo dispuesto en Resolución 000922 de 2017 del Ministerio de Trabajo se ordenó el pago de las acreencias laborales de los demandantes, reconocimiento económico que ya fue ejecutado.

## 3. DESISTIMIENTOS

- Mediante auto del **16 de marzo de 2020,** se dispuso aceptar el desistimiento de las pretensiones elevadas por **SHIRLEY EDITH PEÑA VÉLEZ** (fl.562).

- En audiencia del **27 de julio de 2020**, se aceptó el desistimiento de las pretensiones de la demanda encaminadas al pago de prestaciones sociales y vacaciones frente a ANDRÉS FELIPE RAMÍREZ BOTERO, y ANDREA GARCÍA GARCÍA (fls. 600 y 601)

## 4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

> **PRIMERO. - DECLARAR** que entre Andrés Felipe Ramírez Botero y Andrea García García y la empresa Optimizar Servicios Temporales S.A., en Liquidación existió un contrato de trabajo, respecto de cada uno de ellos, desde el 01 de diciembre de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2015.
>
> **SEGUNDO. - CONDENAR** a Optimizar Servicios Temporales S.A En Liquidación a pagar a los demandantes la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T, que se generó entre el 30 de septiembre de 2015 y el 16 de noviembre de 2016, de la siguiente manera:
>
> - $27'065.500 a favor de Andrés Felipe Ramírez Botero
> - $81'400.000 a favor de Andrea García.
>
> **TERCERO. - DECLARAR PROBADAS** las excepciones de carencia de causa y objeto, y ausencia de responsabilidad y carencia de solidaridad propuestas por el Fondo Nacional del Ahorro. Falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Fondo Nacional del

> Ahorro, y ausencia de solidaridad entre los demandados- las empresas usuarias no responden solidariamente por los salarios y prestaciones no pagadas por las empresas de servicios temporales-, ausencia de obligación alguna de pago en cabeza del fondo nacional del ahorro por no ser el empleador de los demandantes, propuestas por Liberty Seguros, y NO PROBADAS las propuestas por Optimizar Servicios Temporales S.A denominada existencia de procedimiento concursal en curso para el pago de las prestaciones sociales pretendidas por los demandantes y existencia de afectación de póliza para el pago de prestaciones sociales objeto de la demanda.
>
> **CUARTO. - NEGAR LAS DEMÁS PRETENSIONES** de la demanda.
>
> **QUINTO. - NEGAR LAS PRETENSIONES** presentadas por el Fondo Nacional del Ahorro en contra de la llamada en garantía Liberty Seguros S.A.

En síntesis, refirió que no es dable entender que el empleador de los demandantes fuese el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**;, ya que se allegaron contratos de trabajo en el que se indica que trabajaron para **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.,** desde el 01 de diciembre de 2014, obra carta de terminación en la que se da cuenta que se extendió la relación laboral hasta el 30 de septiembre de 2015; que de los interrogatorios de parte, es dable extraer que el empleador fue **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.** y que fueron trabajadores en misión ante el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

Agregó que, no es extraño que un trabajador en misión se vea sometido al cumplimiento de órdenes por parte de la empresa usuaria, pues estos deben cumplir labores propias del objeto social de esta, pues se le delega el papel de ejercer subordinación; que el dicho de la declaración de María Nubia Serna Marulanda da cuenta que la labor ejercida por los demandantes era permanente y que en las funciones que desempeñaban estaban sometidos al poder subordinante del Fondo Nacional del Ahorro; que no prospera la tacha sobre dicha testigo, como quiera que su declaración fue imparcial, y dio cuenta de las circunstancias que conocía en su calidad de compañera de trabajo de los demandantes; y que desde la demanda se planteó de forma principal la existencia de una relación laboral con Optimizar Servicios Temporales S.A., por lo que, no habría lugar a pronunciarse sobre las pretensiones subsidiarias, por demás que, no fueron llamadas a juicio las

demás empresas temporales, por lo que a falta de ellas, no se podría establecer el nexo laboral con el **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A** .

Expuso que, la indemnización moratoria no es una sanción automática, debiéndose verificar la existencia de buena fe; que está acreditado que la terminación de los contratos laborales fue el 30 de septiembre de 2015; que la reorganización empresarial no impide que se paguen las correspondientes acreencias laborales a los demandantes; y que conforme criterios de la Corte Suprema Justicia y la Corte Constitucional, al estar inmersa la empresa en un proceso liquidatorio, le era imposible el reconocimiento de acreencias laborales, de manera que, al no acreditarse un actuar de buena fe, se debe pagar la sanción moratoria hasta la apertura de dicho proceso, esto es, por un total de 400 días, al presentarse la anterior situación, el 16 de noviembre de 2016.

Finalmente señaló que, no es posible endilgar solidaridad al encontrarse el trabajador en misión y al llevarse a cabo la relación conforme a las preceptivas de ley, según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; y que al no imponerse condena en contra del Fondo Nacional del Ahorro, no hay lugar a estudiar las razones objeto del llamamiento en garantía.

## 5. APELACIÓN DE LA SENTENCIA

**Parte actora.** Expuso que, si bien es cierto hay una pretensión en la que se solicita la relación laboral con **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.**, también lo es que existe una pretensión subsidiaria, en la que se requiere la declaración del contrato de trabajo con el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**; y que de los hechos de la demanda (numerales 11 a 13) siempre se cuestiona el comportamiento de la empresa usuaria, que la vinculación de los demandantes con el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** no fue de carácter temporal, que las actividades desempeñadas son permanentes, y que en los fundamentos de derechos se hace referencia al cuestionamiento del comportamiento del **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** entre el 2007 y 2013.

Añadió que, la Corte Suprema de Justicia hace un llamado no sólo para que se analice el comportamiento de la empresa usuaria sino también si las labores realizadas fueron de manera excepcional o no, en concordancia con el artículo 77 de la Ley 50 de 1990; y que la Corte Constitucional (C-630 de 1995) también ha hecho mención a que no se debe hacer uso de empresas temporales si lo que se busca es el crecimiento y la expansión.

Expresó que el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** no justificó su comportamiento, lo que debía hacer en virtud de los hechos de la demanda en los que se reprochó su actuar, al echar mano de empresas temporales, pudiéndose en virtud de la carga dinámica de la prueba imponer tal deber a la pasiva; y que la razón de utilizar una empresa de servicios temporales fue el plan nacional de desarrollo 2015-2018, y la promoción de créditos de construcción y educación, razones que eran de carácter permanente, por demás que, las labores realizadas por los demandantes no tienen que ver únicamente con estas funciones, y una vez les terminaron sus contratos de trabajo fueron reemplazados por personas que siguieron ejerciendo tales labores.

Adujo que, no es necesario llamar a juicio a todas las empresas temporales en que laboraron los demandantes para determinar la realidad de su contratación, pues simplemente se debía verificar las razones de la contratación del personal en misión, por manera que, se debió descartar la pretensión principal y acceder a la subsidiaria, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, más aún si se tiene en cuenta que está demostrado que los trabajadores no arribaron a la empresa usuario por razones temporales sino permanentes.

Finalmente dijo que, el extremo final de la indemnización moratoria no puede ser limitado al proceso de liquidación de la compañía, pues conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia, la iliquidez o insolvencia de la compañía no excluye del reconocimiento de tal sanción, no se encuadra en el criterio de la buena fe, no es el trabajador el llamado a asumir las pérdidas de las empresas, y no se pueden desconocer los derechos mínimos que tienen los

trabajadores; y que la empresa no ha sido declarada extinta, por lo que se puede ampliar la fecha de la sanción hasta que se haga efectivo su pago.

**Parte demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.,** adujo que, no debe imponerse la indemnización moratoria, ya que la empresa siempre ha actuado de buena fe, pues al momento de la terminación de los contratos de trabajo dejó de pagar las acreencias laborales no por capricho sino por prohibición legal, ya que el juez del concurso resolvió dar por terminado el proceso de reorganización y decretó la apertura de la liquidación, por lo que las obligaciones legales causadas con anterioridad al 16 de febrero de 2016 quedaron sujetas al proceso concursal, sin que se pudiera llegar a un acuerdo sobre ellas.

Dijo que, en sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, se estableció que, la fecha que se debe tomar para contabilizar la indemnización moratoria es la del inicio del proceso de reorganización y no la del auto de apertura de la liquidación de la empresa; que los demandantes tenían la obligación de solicitar cualquier tipo de pasivo en el proceso concursal, teniendo como fecha límite el 10 de enero de 2017, para que fuera calificado su crédito, debiendo presentar prueba sumaria del crédito; y que 04 de octubre de 2019, el Juez de Insolvencia resolvió las objeciones y aprobó la calificación y graduación de créditos, de modo que, cualquier solicitud adicional se considerara por dicho juez como extemporánea.

## 6. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 13 de octubre de 2020, se admitieron los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados del **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A, FONDO NACIONAL DEL AHORRO** y **LÍBERTY SEGUROS S.A.**

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

## III. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** por resolver los siguientes: i) ¿Es posible declarar la pretensión subsidiaria, esto es, la existencia de un contrato de trabajo con el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, pese a que la pretensión principal contra la sociedad **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.**, encontró prosperidad en la sentencia de primera instancia?; ii) Por otra parte, ¿es dable predicar buena fe como consecuencia de la iliquidez de Optimizar Servicios Temporales S.A., y por ende proceder a su absolución? De ser positiva la respuesta, ¿hasta qué fecha se debe extender la indemnización moratoria?

**DE LO PROBADO EN EL PROCESO**

i) Andrés Felipe Ramírez Botero fue contratado por **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.**, mediante contrato de obra o labor, para prestar sus servicios como trabajador en misión en el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** entre el 01 de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015, según contrato de trabajo, certificación, y liquidación final de prestaciones sociales obrantes a folios 67, 336, 337, 341.

ii) Andrea García García fue contratada por **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A**, mediante contrato de obra o labor, para prestar sus servicios como trabajadora en misión en el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** entre el 01 de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015, según contrato de trabajo, certificación, carta de

terminación, y liquidación final de prestaciones sociales obrantes a folios 86, 88, 333, 334, 340.

iii) Los demandantes elevaron reclamación administrativa ante el Fondo Nacional del Ahorro, siendo negativa la respuesta a sus solicitudes, tal y como se avizora a folios 102 a 114.

iv) Entre el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** y **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A**, se celebró contrato de prestación de servicios N° 275 de 2014, a fin de que ésta última proporcionara personal en misión que permita cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro (fls. 233 a 253).

v) Mediante Auto N° 400-002370 del 15 de febrero de 2016, **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A**, ingresó en proceso de reorganización empresarial (fls. 313 a 317).

vi) Según del Auto N° 400-002550 del 17 de noviembre de 2016, la Superintendencia de Sociedades resolvió decretar la apertura del proceso de liquidación de **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES** S.A. (fls. 313 a 317).

vii) En el medio óptico de folio 518 están relacionados los trabajadores a quienes se les pagaron sus correspondientes prestaciones sociales por cumplimiento de las pólizas 24DL007987 con Confianza S.A., encontrándose que a favor de **Andrés Felipe Ramírez Botero** el pago se efectuó por la suma de $3'090.521, y a favor de **Andrea García García**, por valor de $8'929.308.

**CONTRATO DE TRABAJO-**

El contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda, y mediante una remuneración, según lo establecido en el numeral 1° del artículo 22 del C.S.T.

Ahora bien, ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada el 03 de agosto de 2017, Rad. 49290, entre otras, que para acreditar si el carácter de la vinculación es de naturaleza laboral, se debe

demostrar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, correspondiéndole a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo de qué trata el artículo 24 del C.S.T., y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción.

En el caso objeto de estudio, el apoderado de la parte actora está en desacuerdo con la sentencia de primera instancia que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la sociedad **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.**, pues afirma que se debió declarar una relación laboral con el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** como verdadero empleador en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas. En el análisis se encuentra que la pretensión que busca sea declarada en la segunda instancia el impugnante, se presentó como *subsidiaria* (fl.12 y 14).

De la sentencia de primera instancia se concluye que el A Quo, basó su decisión en las pruebas arrimadas al plenario, que formaron el convencimiento del juzgador para determinar que la vinculación de los demandantes, **ANDRÉS FELIPE RAMÍREZ BOTERO, y ANDREA GARCÍA GARCÍA**, con **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A**,., fue mediante contrato de trabajo de obra o labor, para desempeñar sus funciones como trabajadores en misión en el Fondo Nacional del Ahorro entre el 01 de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015, según contratos de trabajo, certificaciones, carta de terminación del vínculo, y liquidaciones finales de la relación laboral, obrantes a folios 67, 86, 88, 33, 334, 336, 337, 340, y 341.

Así las cosas, en atención a los argumentos de la impugnación, la Sala debe analizar si es posible estudiar la declaratoria de un contrato de trabajo con el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** teniendo en cuenta, no solo que dicha pretensión fue presentada como pretensión subsidiaria, sino además, que el juez encontró vocación de prosperidad a la pretensión principal con base en la prueba recaudada. De ser necesario, si en virtud del principio de

la primacía de la realidad sobre las formas, es posible considerar que no se atendieron las normas que gobiernan las Empresas de Servicios Temporales – E.S.T., - y los trabajadores en misión, y que en consecuencia que el verdadero empleador de los actores fue el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**

**Pretensión subsidiaria de solicitar la declaratoria de un contrato de trabajo con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO**

En la demanda, la parte actora solicitó **de forma principal** para **ANDRÉS FELIPE RAMÍREZ BOTERO, y ANDREA GARCÍA GARCÍA** "que se declare que entre EL DEMANDANTE y la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., existió una relación laboral que tuvo los siguientes extremos:" (fls.10 y 14)

| Inicio | Terminación |
|---|---|
| 01/12/2014 | 30/09/2015 |

Por otra parte, los demandantes solicitaron **como pretensión subsidiaria** "que se declare que el verdadero empleador del demandante lo fue el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** teniendo en cuenta que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A, fungió como simple intermediario al utilizar su naturaleza para mimetizar la verdadera y real existencia de su empleador, que no fue otro, que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO" (fls. 12 y 16).

Así, es claro que la declaratoria del contrato de trabajo con **el FONDO NACIONAL DEL AHORRO** es una pretensión de carácter subsidiaria, por lo que, al prosperar la pretensión principal, no es dable efectuar su estudio por depender de la negativa de la primera, a la que la Juez de Primera Instancia accedió. Sobre el punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en providencia **AL3511-2016**, reiterada en sentencia **SL2087-2019**, indicó:

> "Lo anterior resulta así, por la potísima razón que las pretensiones subsidiarias solamente pueden ser objeto de estudio cuando quiera que las principales no resulten acogidas por el juzgador, por tratarse de una acumulación eventual o subsidiaria, es decir, cuando en el petitum inicial se plantean pretensiones excluyentes entre sí, lo que supone la dejación de las segundas ante la prosperidad de las primeras, siendo procedente abordar el estudio y decisión de aquellas, únicamente, frente a la desestimación previa de los pedimentos principales, pues al no tratarse de peticiones independientes y autónomas entre sí, (acumulación simple), si no por el contrario, tienen relación de dependencia, que condiciona que solo ante el rechazo de las súplicas principales es procedente el análisis de las subsidiarias; todo lo cual impide que se puedan confrontar unas y otras".

Conforme a lo expuesto, no se accederá a declarar la existencia de un contrato de trabajo entre los demandantes Andrés Felipe Ramírez Botero y Andrea García García con el Fondo Nacional del Ahorro; no obstante, en gracia de discusión, la Sala estudiará si existió vulneración de la normatividad que regula las empresas de servicios temporales y los trabajadores en misión y si en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, quien fungió como verdadero empleador de los demandantes fue el FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

**Empresas de servicios temporales y trabajadores en misión**

Las Empresas de Servicios Temporales, E.S.T - son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador, según el artículo 71 de la Ley 50 de 1990. Igualmente, conforme al artículo 77 ejusdem, se limita el ámbito de la colaboración a las siguientes tres situaciones:

1. La tradicional del artículo 6 del C.S.T., vale decir, para ejecutar con el trabajador en misión labores ocasionales, accidentales o transitorias distintas de las actividades del patrono;

2. Cuando el tercero requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad;

3. Cuando el usuario deba atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y la prestación de servicios en general, por un término de 6 meses prorrogables hasta por 6 meses más, caso en el cual según el artículo 2 del Decreto 503 de 1998, modificado por el parágrafo del artículo 6 del Decreto 4369 de 2006, no se puede prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral en sentencia del 29 de octubre de 2014 con Rad. 58172, así como en la **SL692-2019**, hizo hincapié en cuanto a que en este tipo de casos en los que la empresa temporal envía personal en misión, se produce una especie de delegación del poder subordinante de la empresa de servicios temporales en la usuaria para que pueda cumplirse el objeto de los servicios contratados; y que tales servicios no se practican con medios propios sino en las dependencias de la usuaria.

En adición, la citada corporación, en sentencia con **radicado 9435**, reiterada el 17 de octubre de 2008, **Rad. 28470**, así como en la **SL4330-2020,** estableció que, si se encuentra demostrado un marco temporáneo que resulte contrario a las nociones precisas de colaboración transitoria señaladas, o que se ha trasgredido la finalidad que de manera particular inspira las tres situaciones que regula el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, incluso con la presencia de actos que se exhiben con apariencia de licitud, tales circunstancias permiten concluir que la intención de la empresa usuaria era la de utilizar los servicios del trabajador de manera permanente, situación que por ser contraria a la normatividad, puede ser catalogada como un fraude a la ley.

Descendiendo al caso de estudio, se observa que las pretensiones de los demandantes referentes a la declaratoria de un contrato de trabajo giraron en torno al periodo del 01 de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015 (fls. 10 a 16), esto es, por un lapso inferior a un año, por lo que, en

principio no se podría predicar que se sobrepasó el término de seis meses prorrogable por seis meses más de que trata el numeral 3° del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, pues el trabajo en misión únicamente se extendió por diez meses respecto de cada uno de los trabajadores demandantes.

Del mismo modo, debe advertirse que al plenario no se arrimó prueba documental o de algún otro tipo, de la que se pueda desprender que los demandantes y el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** tuvieron más vinculaciones a través de diferentes empresas de servicios temporales, y que con su contabilización total se superó el lapso de un año de labor aludido, disfrazando una verdadera relación laboral, pues tal situación ni siquiera fue puesta de presente en la demanda (fls. 2 a 50).

Lo anterior por cuanto, si bien según la declaración de la testigo María Nubia Serna Marulanda, se informó que los demandantes Andrea García García y Andrés Felipe Ramírez Botero prestaron sus servicios personales para el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, y que celebraron diferentes contratos con diversas Empresas de Servicios Temporales, a lo largo de varios años, lo cierto es que la declarante no fue clara en precisar los extremos aducidos, ni las fechas por lo menos aproximadas en las que afirma se prestó el servicio a través de cada una de otras presuntas EST,(cuáles otras EST? La testigo las mencionó??) nótese la generalidad de sus afirmaciones, circunstancia que impide dar certeza a sus dichos, ello aunado a que el acervo probatorio no da cuenta de otros elementos de juicio que, en conjunto con dicha declaración testimonial (la única en el proceso) permitan deducir que la prestación personal de los servicios para el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** rebasó el límite para trabajadores en misión, y aún más importante es, que lo dicho por la testigo difiere en esencia, no solo de lo narrado y pretendido desde los hechos de la demanda, sino además de lo confesado en los interrogatorios de parte de los demandantes, pues en los hechos de la demanda y en el desarrollo del interrogatorio confesaron que su la relación laboral con las demandadas se dio entre el **01 de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015** (ver hechos 2.6, 2.7, 3.6 y 3.7 de la demanda, fls. 21 y 26) e interrogatorios de parte CD de

folios 600- PARTE II, minuto 22:38 a 23:05 y 29:25 a 30:02; lo que de suyo le resta peso a la declaración de dicha testigo.

De esta manera las cosas, la Sala no encuentra motivo alguno para dejar sin valor la sentencia del A Quo, cuando declaró la existencia del contrato de trabajo de los demandantes con **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.**, por cuanto la prueba arrimada al plenario da cuenta de dicha situación y de la calidad de trabajadores en misión de los demandantes para el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, trabajo misional que, como se vio no superó el término de seis meses prorrogable por seis meses más de que trata el numeral 3° del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, sin que la circunstancia de haberse ejecutado actos de subordinación por parte de la empresa usuaria desdibuje la relación laboral con la E.S.T., pues se reitera en los casos que la empresa temporal envía personal en misión, se produce una especie de delegación del poder subordinante de la empresa de servicios temporales en la usuaria para que pueda cumplirse el objeto de los servicios contratados.

**INDEMNIZACIÓN MORATORIA**

La indemnización moratoria es una sanción que se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador. Al respecto, el inciso 1° del artículo 65 del C.S.T. establece:

> "**Artículo 65. INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO.** <Texto original del inciso 1o. del Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente para los trabajadores que devenguen un (1) salario mínimo mensual vigente o menos:>
>
> 1. Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo"

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 24 de enero de 2012, **Rad. 37288**, estableció que no se puede interpretar la situación de reorganización de una empresa, como si se estuviera frente a un proceso de liquidación, y que por ende ello

genere un estado de fuerza mayor, para que le empleador se abstenga del efectuar el pago de salarios y prestaciones sociales, puesto que la finalidad de la reorganización es totalmente opuesta a la de liquidación, en tanto que la última busca ponerle fin a la empresa, mientras que la primera es un mecanismo para salir de la crisis económica a fin de evitar la liquidación de la empresa.

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

Al respecto, se precia que cuando se habla de este tipo de sanciones, se configura una excepción a la presunción general de buena fe, en la que es el empleador quien debe acreditarla (sentencias como la del 03 de julio de 2013, **Rad. 40509 y la SL1005-2021**).

Así mismo, en las sentencias **SL2833-2017 y SL1186-2019** se señaló que las sanciones moratorias no pueden operar más allá de la data en que entra en liquidación obligatoria la sociedad demandada, pues a partir de dicha fecha no se puede deducir que la empleadora siga incumpliendo sus pagos porque tenga interés en desconocer o defraudar los intereses y créditos de los trabajadores demandantes.

Sentadas las anteriores premisas, en el asunto concreto encontramos que **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.** entró en proceso de reorganización conforme a la Ley 1106 de 2006 mediante Auto N° 400-002370 del 15 de febrero de 2016, empero que, a través del Auto N° 400-

002550 del 17 de noviembre de 2016, la Superintendencia de Sociedades resolvió decretar la apertura del trámite de liquidación judicial de los bienes de la sociedad de la referencia. Lo dicho conforme a certificado de existencia y representación legal obrante a folios 313 a 317.

Así las cosas, estima esta Sala que el solo hecho objetivo del proceso de reorganización al que se sometió la sociedad **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.,** no puede considerarse como eximente de la indemnización moratoria, pues como se indicará en las sentencias antes referidas, no basta con que el empleador se haya acogido a tal mecanismo, sino que debe acreditar el cumplimiento de las cargas establecidas en dicho proceso para tener por probada su buena fe.

De esta manera, analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta del empleador, no obra prueba de la que se pueda desprender que actuó exento de mala fe, esto es, no se advierten pruebas que den cuenta que la empresa temporal hubiere tenido interés en reconocer las diferentes acreencias laborales que adeudaba a los demandantes, ni siquiera se observa que hubiera buscado lograr un acuerdo de pago con estos, por el contrario, lo que se advierte es que tuvo que intervenir el Ministerio de Trabajo para garantizar el pago de las acreencias laborales mínimas de los trabajadores, como es el caso de las prestaciones sociales y las vacaciones, entidad que ordenó su pago a través de la Resolución 003863 de 2016, a cargo de **CONFIANZA S.A.** con fundamento en la póliza de seguros DL008460 de 2016 (fls. 485 a 490).

De esta manera, se considera que hay lugar a la indemnización moratoria, empero, únicamente puede reconocerse hasta que se dio apertura al proceso de liquidación, ya que no resulta viable inferir que la empleadora, sometida a liquidación forzada, siga incumpliendo sus pagos porque tenga interés en desconocer los intereses y créditos de los trabajadores demandantes; igualmente, debido a que el liquidador designado en tal proceso es un agente diferente al empleador, que entra a manejar los destinos de la empresa, razones que conllevan a que la

indemnización moratoria sólo se pueda imponer hasta el 16 de febrero de 2016, tal y como lo consideró la A Quo, pues el día siguiente se resolvió por parte de la Superintendencia de Sociedades dar apertura al proceso de liquidación de Optimizar Servicios Temporales S.A.

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

## IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

## V. DECISIÓN

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

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

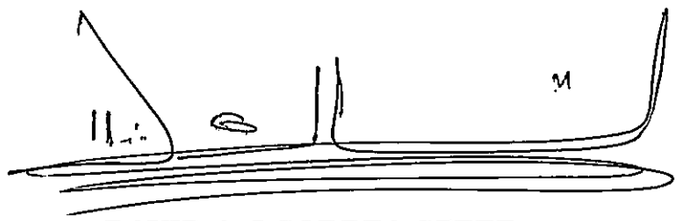
**PRIMERO**. – **CONFIRMAR** la sentencia.

**SEGUNDO**. – Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA** **DAVID A.J CORREA STEER**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**
Magistrada Sustanciadora.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 008

**AUTO:**

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

**SEGUNDO:** Reconózcase como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. VIVIANA MORENO ALVARADO, identificada con C.C. No. 1.093.767.709 y T.P. No. 269.607 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

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

## I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados de las demandadas y el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **CARLOS ENRIQUE ÁNGEL MARTÍNEZ** promoviese contra **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.**

## II. ANTECEDENTES

### 1. Hechos

En lo que interesa para resolver la instancia, la parte actora pretende se declare la ineficacia del traslado de RPMPD efectuado el 27 de agosto de 2002 al RAIS a través de Porvenir S.A. y por ende se declare la nulidad de dicha afiliación.

Como consecuencia de ello, depreca se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales con sus rendimientos y a esta última a activar la afiliación del demandante y la actualización de la historia laboral.

La activa fundamenta sus pretensiones en la presunta falta de consentimiento informado, que le permitiera decidir con suficientes elementos ese cambio de régimen, el cual debía estar precedido de una debida ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

### 2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**PORVENIR S.A.** (fls. 57-129) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

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

Aduce que en cabeza de todos los ciudadanos se encuentra el deber de conocer las leyes, pues no es excusa su desconocimiento, además que al momento en que el demandante tomó la decisión voluntaria de trasladarse de régimen, esa entidad cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes para esa data.

Menciona que el artículo 5 del Decreto 692 de 1994 dispuso que las personas que cumplieran los requisitos para afiliarse al RAIS no podrían ser rechazadas por las AFP que administran el sistema, por lo que una vez elegido este régimen pensional por parte del afiliado y llenando el formulario descrito en el artículo 11 de la mentada norma, no le es posible a esa entidad negar o rechazar la solicitud de afiliación, máxime cuando en este caso no hay ninguna razón para considerar que el actor no contara con la capacidad suficiente para dar su consentimiento en el acto de vinculación a esta AFP

Refiere que el hecho de que esa administradora tuviera algunas responsabilidades profesionales no es excusa para que el demandante, por su cuenta, no haya debido indagar sobre las implicaciones que tendría el traslado de régimen pensional, pues, aún el hecho de ser lego en el asunto no lo eximía de actuar con dedicación en un asunto con implicaciones tan importantes.

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

Expone que la nulidad pretendida por el demandante no puede ser otra que la nulidad relativa, debiendo por lo menos señalar cuales de las causales se configuraron en la celebración del contrato de traslado de régimen pensional, esto es la incapacidad relativa, los vicios del consentimiento y la lesión enorme, los cuales, dicho sea de paso, no se presentaron en este asunto, pues el demandante no allega prueba alguna que respalde alguna de estas situaciones.

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

**COLPENSIONES**, (fls. 132-152), se opuso a las excepciones, presentando como excepciones de fondo las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Expuso que el demandante, haciendo uso del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, escogió por su propia voluntad el régimen al cua quería estar afiliado, además, para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, esto es 1° de abril de 1994, no contaba con la edad ni con los 15 años de cotización, razón por la cual no es beneficiario del régimen de transición establecido

en el artículo 36 de dicha norma, ni contaba con alguna expectativa legítima ni derecho adquirido en el régimen de prima media, razón por la cual no es de recibo que pretenda devolverse a este.

Menciona que el demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, además que no hizo uso de los derechos de los afiliados, esto es el de retracto.

Indica que, en el caso particular no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre el demandante y Porvenir, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que por esencia, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o resición judicial.

Finaliza diciendo que, en caso de existir la nulidad deprecada, la misma fue saneada en los términos del artículo 1752 del Código Civil, pese a lo cual, esta no se alegó dentro de término establecido en el artículo 1750 ibidem.

## 3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La ***A quo*** dictó sentencia condenatoria:

> *"**PRIMERO. – DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor Carlos Enrique Ángel Martínez al régimen de ahorro individual el 27 de agosto de 2002 y fecha de efectividad a partir del 1° de octubre de 2002, por intermedio de la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones, tal como se dijo en las consideraciones de esta decisión.*
>
> ***SEGUNDO. - CONDENAR** a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales, cotizaciones, con todos sus frutos e intereses, sin deducción de gastos de administración y de traslado contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor Carlos Enrique Ángel Martínez. Para ello se le concede el término de un (1) mes.*
>
> ***TERCERO. - CONDENAR** a Colpensiones a activar la afiliación del demandante en régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.*
>
> ***CUARTO. - DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas conforme lo señalado. (...)*

Como fundamento de su decisión, el juez A Quo, precisó que de la documental allegada se observa que la afiliación a PORVENIR S.A. se da el 27 de agosto de 2002 conforme el formulario obrante a folios 27 y 126, pues en este asunto se discute también la fecha de vinculación efectiva a dicha AFP, data que también se evidencia en el reporte SIAFP de folio 80, siendo

carga probatoria del demandante demostrar que el traslado fue en una fecha distinta, lo cual no aconteció.

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

Menciona que el deber de información ha estado desde el año 1993 con la Decreto 663 y la Ley 100 de 993, donde se señala que las AFPs deben obrar no solo conforme a la ley sino soportadas en los principios de buena fe y al servicio de los intereses sociales, además, la Corte Suprema de Justicia ha tenido por establecido, conforme las premisas del artículo 97 del mentado Decreto 663/1993, la información debe ser necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realicen, de suerte que les permita a los usuarios o afiliados, a través de elementos de juicio claros y subjetivos, escoger las mejores opciones que se presentan en el mercado.

Frente a la carga de la prueba, indicó, que la jurisprudencia de la mencionada Corporación y conforme el artículo 167 del CGP, cuando se hacen negaciones indefinidas y se manifiesta que no se ha recibido la información necesaria, como en este asunto, la carga de la prueba debe invertirse o se traslada a la parte que está en condición de probar y en estos casos son las AFPs las que deben demostrar que efectivamente se le suministró al afiliado esta información, además debe tenerse en cuenta que conforme lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearla.

Bajo ese entendido, consideró la A Quo, que las pruebas allegadas al expediente no logran demostrar que PORVENIR S.A., hubiese suministrado al demandante información suficiente, clara y comprensible sobre las condiciones de su situación pensional; adicionalmente, menciona que, como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, los formatos preimpresos no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, pues a lo sumo acreditan un consentimiento, pero no un consentimiento informado.

Resaltó que las reglas jurisprudenciales establecidas por la Corte Suprema de Justicia en estos asuntos, indica que estos asuntos no están condicionados a que la persona sea beneficiaria del régimen de transición tenga derechos adquiridos, pues no puede tenerse como justificación constitucional que se le otorgue el derecho a un grupo de afiliados en medio de otros, además donde la ley no distingue tampoco el intérprete.

Concluyó indicando que, en casos como el presente, el efecto es la ineficacia y por tanto no es procedente el estudio bajo el régimen de las nulidades procesales, conforme lo ha señalado la mentada Corporación.

**4. APELACIÓN**

**PORVENIR S.A..** Indicó que, la Juez de primer grado desconoce que el demandante tomó la decisión libre y voluntaria de trasladarse del ISS, tal y como da cuenta el formulario de afiliación y fue ratificado en su interrogatorio de parte.

Mencionó que a la entidad se le está imponiendo una obligación que no existía para el momento de la afiliación del accionante y que solo ha sido así en desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual, a su juicio, parte de la mala fe de las AFP y ha dado una indebida aplicación al principio de progresividad.

Explica que, a su juicio, hay confesiones contenidas tanto en el escrito de la demanda como en el interrogatorio de parte, que no fueron tenidas en cuenta, ya que en la demanda se indica que el actor recibió información sobre las ventajas del RAIS, manejo de portafolios de inversión, rentabilidad mínima, pensión anticipada y heredabilidad de la pensión, lo cual fue ratificado por el demandante en su interrogatorio de parte, lo cual acredita que esa entidad cumplió con el deber de información que tenía para el momento de la afiliación de conformidad con la normativa que regía la materia y que, si bien el formulario de afiliación contiene unas manifestaciones pre impresas, estas están avaladas por la ley y el formulario esta inclusive aprobado por la Superintendencia Bancaria y que, en todo caso el formulario de afiliación fue ratificado por el demandante en su interrogatorio de parte, documento que fue suscrito por el actor y que contiene información personal de este, el cual no fue desconocido ni tachado de falso, además, debe tenerse en cuenta que por las condiciones profesionales y los estudios del demandante nos encontramos frente a una persona que no puede ser engañado al momento de su firma.

Expuso que, pasa por alto el fallo de primea grado, que sobre el consumidor financiero también recaen unas obligaciones tales como informarse sobre el sistema general de pensiones y conocer las implicaciones de la decisión que estaba tomando, obligaciones que no fueron cumplidas por el actor.

En cuanto a las condenas impuestas de devolver los gastos de administración, indicó que esta pretensión no fue solicitada por el demandante en su escrito inicial, ni fue señalada dentro de la fijación del litigio, pese a lo cual se impone en la sentencia, lo cual no puede prosperar ya que esta sociedad cumplió con su deber de administración y por ello los aportes del demandante generaron unos rendimientos, desconociendo la gestión de esta entidad, además, no puede desconocerse que si el

demandante no se hubiese trasladado y se hubiese mantenido en Colpensiones, una parte de sus aportes se hubieran destinado para efectos de gastos de administración de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. En todo caso afirma que, en caso de que se ratifique la ineficacia el traslado de los recursos del demandante debe darse de conformidad con el Decreto 3995 del 2008.

Insistió en la declaración de prescripción, ya que no todas las cuestiones que estén relacionadas con un derecho pensional tienen que ver con la causación o consolidación de un derecho, además, dicho fenómeno también aplicaría frente a los gastos de administración.

Finalizó mencionando que lo que motiva en este caso el traslado de régimen pensional del demandante no es una falta de información, sino una motivación económica.

**COLPENSIONES.** Expuso que en el presente caso nos encontramos frente a lo consagrado en los artículos 1508 al 1510, 1540 y siguientes del Código Civil, por lo que se considera que no hay elementos de juicio para establecer la existencia de un error o inducción al error como vicio del consentimiento por la deficiencia de la asesoría que aduce la parte demandante y menos dolo derivado de engaños ante la falta de información, cuando el demandante declaró que firmó el formulario de traslado a Porvenir S.A. de manera libre, voluntaria y sin presiones.

Respecto de la carga de la prueba indicó que en el presente caso no existe prueba que acredite la existencia de un vicio del consentimiento entendido como el deber de información, además, que existe una indebida y errónea interpretación del artículo 1604 del Código Civil, por lo que solicita se de aplicación a lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, máxime cuando en este caso no existe prueba que acredite vicio alguno, además que en el presente se torna imposible probar hechos que ocurrieron en el 2002, pues han transcurrido más de 18 años y nadie esta obligado a lo imposible.

En cuanto al del deber de información, explicó que la Corte Suprema de Justicia utiliza como norma de aplicación de ese deber el Decreto 663 de 1993, sin embargo, ese deber solo se materializó a través de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2061 de 2015, pues los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para poder probar el consentimiento libre, voluntario e informado, por cuanto las leyes que surgieron en el año 1993 y 2014 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al RAIS, por lo que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible y quebranta la seguridad jurídica.

Expuso que el actor no hace parte del régimen de transición, pues a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no contaba con la edad

requerida ni las 750 semanas de cotización al sistema, de lo que se colige que no tenía una expectativa real sobre su derecho a la pensión para poder regresar al régimen de prima media en cualquier momento.

Refiere que no es dable que el hoy demandante pretenda beneficiarse de rendimientos y aportes que jamás realizó a Colpensiones y además pretenda que el sistema sea solidario cuando él no lo ha sido, pues resulta improcedente recibirlo en Colpensiones, ya que ello sería un riesgo de descapitalización del fondo común que pone en riesgo futuro el pago de las pensiones que siempre han contribuido al RPM, resultando improcedente el traslado de un afiliado al que le falten menos de 10 años para adquirir su derecho a la pensión.

Señaló que, de no tenerse en cuenta los argumentos antes expuestos, de manera subsidiaria debe condicionarse el cumplimiento de la sentencia por parte de COLPENSIONES a la devolución de la totalidad de las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual del accionante, tales como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración y los demás a los que hubiera lugar debidamente indexados para el periodo en el cual permaneció afiliado el demandante al fondo privado, por cuanto esa entidad no podrá cumplir la sentencia hasta tanto la AFP no entregue los recursos y actualice los datos del accionante.

Finaliza solicitando no se condene en costas a esa entidad, toda vez que no participó en el acto que se presume ineficaz o nulo y es un tercero al que se le causa un daño injustificado por un contrato entre dos partes ajenas a Colpensiones.

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

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 13 de octubre de 2020, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 18 de enero del 2021 se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de las partes.

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

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

## III. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** a resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

**De la ineficacia del traslado**

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

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

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para

explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

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

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

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

| Etapa acumulativa | Normas que obligan a las administradoras de pensiones información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|---|---|---|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br><br>Decreto 2241 de 2010 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le |

| | | |
|---|---|---|
| | | conviene y, por tanto, lo que podria perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoria. | Ley 1748 de 2014<br>Articulo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n. 0 016 de 2016 | Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoria de los representantes de ambos regimenes pensionales. |

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

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

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

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

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

> *"2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado*
>
> *Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre U voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*
>
> *Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.*
>
> *Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado".*

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

> *"En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.*
>
> *...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo*

> *indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> *Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.*

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

> *"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.*
>
> *De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.*
>
> *Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."*

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

En cuanto a que la demandante debía conocer la ley o en otras palabras que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, dicho principio del derecho no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala

Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia de la actora al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular.

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

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

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

**EL CASO CONCRETO.**

Se encuentra probado en el expediente que: i) la activa se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del entonces I.S.S., el día 01/02/1982 (fl. 148); ii) que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. el día 27/08/2002 (fl. 27, 80 y 126) y iii) que solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el día 11/07/2019 (fl. 148) pero le fue negada la posibilidad por las demandadas.

A folio s 27 y 126 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 27 de agosto de 2002 con Porvenir S.A. , el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *"la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado"*[1]

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

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

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

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

> *"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico*

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

*del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

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

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

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

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

Es por ello por lo que, acertada resulta la decisión de primer grado en tal sentido.

Frente a la devolución de las cuotas o gastos de administración que ordenó efectuar la A Quo, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los gastos de administración que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. En igual sentido, la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

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

De esta manera, es claro que la declaratoria de ineficacia de traslado genera a cargo de todas las entidades involucradas el deber de reintegrar los correspondientes valores que percibieron como cuotas de administración y comisiones, por lo que, en tal sentido se considera acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia.

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

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

## IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

## V. DECISIÓN

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

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

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

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

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

Los Magistrados,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**DAVID A.J. CORREA STEER**

Aclaro Voto !

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

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

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

Discutido y Aprobado según Acta No 008

## I. ASUNTO

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

## II. ANTECEDENTES

### 1. HECHOS

En lo que aquí concierne con la demanda las solicitantes pretenden el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a partir del 05 de julio de 2004 en proporción de un 50% para cada una. Igualmente, solicitan retroactivo, intereses moratorios o indexación.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la condición de beneficiarias de Sandra Marcela Rojas Echeverry y María Camila Rodríguez Rojas, como cónyuge e hija respectivamente del señor Mario Alberto Rodríguez Benavides, así como en la convivencia que éste tuvo con su cónyuge desde el 08 de marzo de 1994 hasta su fallecimiento, el cual ocurrió el día 05 de julio de 2004.

## 2. ACTUACIÓN PROCESAL.

**COLPENSIONES (fls. 63 a 70)** Se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito, que denominó carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y de la obligación reclamada, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación, y la innominada y genérica.

Expuso que las demandantes deben acreditar su legitimación por activa conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993, así como la cantidad de 50 semanas efectivamente cotizadas.

Indicó que, no hay lugar a intereses moratorios, como quiera que no se acreditó el cumplimiento de los requisitos legales para la prestación.

Finalmente expresó que, se debe tener en cuenta que, a las demandantes les fue reconocida indemnización sustitutiva mediante Resolución 015105 de 2005.

Mediante providencia del 22 de enero de 2020, el A Quo decidió vincular en calidad de terceros excluyentes a **NICOLE y a JUAN ANDRÉS RODRÍGUEZ ROJAS**, quienes manifestaron "respetuosamente me permito informar que al despacho que a mis representados no les asiste interes en reclamar la prestación objeto de la litis, puesto que actualmente cuentan con más de 25 años de edad, por lo cual no cumplen con los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimeinto de su señor padre" (fl.94).

## 3. APELACIÓN

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

***PRIMERO. – DECLARAR*** *que Sandra Marcela Rojas Echeverry, María Camila Rodríguez Rojas, Nicole Andrea Rodríguez Rojas, y Juan Andrés Rodríguez Rojas acreditaron los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Mario Alberto Rodríguez Benavides, a partir del 06 de julio de 2004*

***SEGUNDO. - CONDENAR*** *a Colpensiones a reconocer a la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Mario Alberto Rodríguez Benavides de la siguiente manera:*

- ***a.*** *Sandra Marcela Rojas Echeverry en cuantía del 50% del salario mínimo legal mensual vigente desde el 06 de julio de 2004.*
- ***b.*** *María Camila Rodríguez Rojas en cuantía del 16,66% del salario mínimo legal mensual vigente desde el 06 de julio de 2004 y hasta el 14 de abril de 2011; en cuantía del 25% del salario mínimo legal mensual vigente desde el 15 de abril de 2011 y hasta el 16 de septiembre de 2015; y en cuantía del 50% del salario mínimo legal mensual vigente desde el 17 de septiembre de 2015 y hasta el*

*momento en que cumpla los 25 años de edad, siempre y cuando acredite al fondo de pensiones que a partir del 2020 sigue estudiando.*

c. *Juan Andrés Rodríguez Rojas en cuantía del 16,66% del salario mínimo legal mensual vigente desde el 06 de julio de 2004 y hasta el 14 de abril de 2011; y en cuantía del 25% del salario mínimo legal mensual vigente desde el 15 de abril de 2011 y hasta el 16 de septiembre de 2015*
d. *Nicole Andrea Rodríguez Rojas en cuantía del 16,66% del salario mínimo legal mensual vigente desde el 06 de julio de 2004 y hasta el 14 de abril de 2011.*

***TERCERO. -*** ***CONDENAR*** *a Colpensiones a pagar la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Mario Alberto Rodríguez Benavides, junto con las mesadas adicionales e incrementos de ley, a favor de las demandantes Sandra Marcela Rojas Echeverry, María Camila Rodríguez Rojas, Nicole Andrea Rodríguez Rojas, con ocasión a la prescripción de la siguiente manera:*

a. *Sandra Marcela Rojas Echeverry en cuantía del 50% del salario mínimo legal mensual vigente desde el 23 de agosto de 2016*
b. *María Camila Rodríguez Rojas en cuantía del 16,66% del salario mínimo legal mensual vigente desde el 06 de julio de 2004 y hasta el 14 de abril de 2011; en cuantía del 25% del salario mínimo legal mensual vigente desde el 15 de abril de 2011 y hasta el 16 de septiembre de 2015; y en cuantía del 50% del salario mínimo legal mensual vigente desde el 17 de septiembre de 2015 y hasta el momento en que cumpla los 25 años de edad, siempre y cuando acredite al fondo de pensiones que a partir del 2020 sigue estudiando.*

***PARÁGRAFO:*** *AUTORIZAR a la demandada para que del retroactivo pensional que se genere a favor de las demandantes descuente el valor cancelado por concepto de indemnización sustitutiva que ascendió a la suma de $4'714.836 debidamente indexado al momento en que se realice su deducción, y además, descuente los aportes del sistema de seguridad social en salud.*

***CUARTO. -*** ***CONDENAR*** *a Colpensiones a pagar los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre las mesadas pensionales, de la siguiente manera:*

*A favor de la demandante Sandra Marcela Rojas Echeverry a partir del 26 de agosto de 2016 y hasta cuando se efectúe su respectivo pago*

*A favor de la demandante María Camila Rodríguez Rojas, de la siguiente manera, a partir del 07 de enero de 2005, y hasta cuando se efectúe su respectivo pago.*

***QUINTO. -*** ***DECLARAR PROBADA*** *la excepción de prescripción, respecto de las mesadas pensionales que se causaron a favor de Juan Andrés Rodríguez Rojas y Nicole Andrea Rodríguez Rojas, PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción en relación con las mesadas pensionales causadas con anterioridad al día 28 de enero de 2016, en cuanto a Sandra Marcela Rojas Rodríguez y NO PROBADA respecto de la demandante María Camila Rodríguez Rojas*

***SEXTO. -*** ***DECLARAR PROBADA*** *la excepción de compensación.*

***SÉPTIMO. -*** ***DECLARAR NO PROBADAS*** *las demás excepciones propuestas por la demandada*

En síntesis, refirió que, al fallecer el causante el 06 de julio de 2004, el régimen aplicable es el de la Ley 797 de 2003, acreditándose 138,09 semanas cotizadas durante los últimos tres años, por lo que hay lugar a la prestación.

Adujo que, a Sandra Marcela Rojas Echeverry le corresponde el 50% de la pensión, sobre el salario mínimo legal mensual vigente; y a los hijos el restante 50%, proporcionalmente.

Indicó que, el derecho pensional de cada uno de los hijos del causante se reconoce hasta que cumplieron la edad de 18 años, momento a partir del cual se acrecienta el porcentaje de los hermanos restantes, quedando a partir del 17 de septiembre de 2015 un valor del 50% a favor de María Camila Rodríguez Rojas.

Agregó, que hay lugar a intereses moratorios, en la medida que, del estudio efectuado se logra establecer que sí se acreditaron las semanas mínimas exigidas, contrario a lo expuesto, por la entidad administradora.

Adujo que, como Sandra Marcela Rojas Echeverry no presentó demanda dentro de los tres años siguientes de emitida la Resolución 01932 de 2007, en la que se confirmó la negativa de la prestación, operó el fenómeno prescriptivo sobre las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 23 de agosto de 2016, al demandarse el mismo día y mes de 2019; y que respecto de los hijos, la prescripción estuvo suspendida hasta que cumplieron la mayoría de edad, empero como no reclamaron dentro de los tres años siguientes al cumplimiento de tal requisito, operó el fenómeno extintivo, con excepción de María Camila Rodríguez Rojas.

Finalmente expresó que, se acreditó el pago de indemnización sustitutiva, por lo que, se autoriza su compensación y descuento de la prestación que se reconoce.

## 4. APELACIÓN

**COLPENSIONES** expuso que no se debe condenar en costas teniendo en cuenta que la entidad actuó de buena fe, y tuvo el ánimo de conciliar la pensión de sobrevivientes.

## 5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 15 de julio de 2020, se admitió el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, quienes hicieron uso de la oportunidad procesal para ratificarse en sus posiciones.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio

exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece el Grado Jurisdiccional de Consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, **la Sala surtirá la Consulta** de la sentencia frente a lo adverso a ella.

## III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolverse circunscribe a determinar en primer lugar si hay lugar al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes en los términos expuestos por el *A quo*. De resultar positiva la respuesta a dicho interrogante, se resolverá sobre el punto de apelación de la pasiva relativo a la exoneración de costas procesales.

### De la pensión de sobrevivientes

Lo primero por recordar es, que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias del 02 de marzo de 2007, 29 de noviembre de 2011, 21 de marzo de 2012 y 30 de enero de 2013, Rads. 27593, 40.055, 43.572 y 41024, respectivamente, así como más recientemente en la SL4261-2020.

Por lo anterior, la norma que gobierna el asunto bajo estudio es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el Art. 12 de la Ley 797 de 2003, el cual exige que en el caso de la muerte de los **afiliados** se acredite la cotización al sistema un mínimo de 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la muerte.[1]

---

[1] **ARTÍCULO 12.** El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:
Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:
1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:
a) <Literal INEXEQUIBLE>
]
b) <Literal INEXEQUIBLE>

**De los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes**

De otro lado, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, consagra los diferentes beneficiarios de la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional. **Para lo que interesa al proceso**, la norma es del siguiente tenor:

" ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así: <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica CONDICIONALMENTE exequibles>

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la

---

**PARÁGRAFO 1o.** Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley. El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.
**PARÁGRAFO 2o.** <Parágrafo INEXEQUIBLE>

beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

c) <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 (...)"

En cuanto a los requisitos que debían acreditar el cónyuge y compañera (o) permanente respecto del afiliado o pensionado, para ser beneficiarios de la prestación analizada, concretamente frente al punto de la convivencia, el órgano de cierre había interpretado dicha norma en el sentido de precisar que la convivencia mínima para dichos beneficiarios debía acreditarse por el mínimo de 5 años en cualquier tiempo, con las precisiones hechas en cuanto a convivencia simultánea, que permanecen vigentes.

No obstante frente al requisito de la convivencia - cuando no se trata de convivencia simultánea -, recientemente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema ha retomado el asunto y en **SL 1730 de 2020,** M.P Dr Jorge Luis Quiroz Alemán, adoctrinó que

"En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el ***literal a)*** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo *mínimo* de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la

misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación".

**EL CASO EN CONCRETO**

En el proceso se encuentra acreditado y por ende no es motivo de controversia que: i) Mario Alberto Rodríguez Benavides falleció el 05 de julio de 2004, por demás que ello se acredita con el registro civil de defunción obrante a folio 12, ii) que para la fecha del fallecimiento el causante tenía la calidad de afiliado ante el Sistema General de Pensiones); iii) que el de cujus contrajo nupcias con la señora Sandra Marcela Rojas Echeverry ( medio óptico de folio 71); iv) que de dicha unión nació María Camila Rodríguez Rojas según registro civil de nacimiento obrante a folio 52, quien para la fecha de fallecimiento del causante tenía 5 años, 9 meses y 26 días; v) que los señores Nicole y Juan Andrés Rodríguez Rojas acreditaron ser hijos del causante conforme las pruebas de fls.52, 97 y 100.; vi) que la demandada COLPENSIONES efectuó un pago de $2'357.000 a favor de Sandra Marcela Rojas Echeverry, $785.803 a favor de cada uno de sus hijos (María Camila, Nicole y Juan Andrés Rodríguez Rojas) por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes y finalmente; que vi) entre el 05 de julio de 2001 y el 05 de julio de 2004, el causante acumuló **111,61 semanas,** según historia laboral que milita de folios 19 a 21, por lo que, dejó acreditado el número de semanas mínimo para que sus eventuales causahabientes accedan a la pensión de sobrevivientes.

**Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.**

Ahora bien, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, establece como beneficiarios a la cónyuge y a los hijos, por manera que, se procede a verificar la situación particular de cada una de las personas que arguyeron tales calidades:

**De la convivencia de la cónyuge, Sandra Marcela Rojas Echeverry:**

La norma de referencia exige como presupuesto para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes para la cónyuge, si es en forma vitalicia, la de tener 30 o más años, y en consideración a la sentencia SL1730-2020 antes referida, es claro que el requisito de convivencia no es exigible, y que basta que se acredite la conformación de un núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte; requisitos que en todo caso, no fueron objeto de controversia, en la medida que mediante Resolución 015105 de 2005 visible a folio 13, se reconoció indemnización sustitutiva y que no había lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por cuanto, el causante tan solo contaba con 43 semanas dentro de los tres años anteriores al fallecimiento.

No obstante, y en gracia de discusión, respecto a los requisitos aludidos, encontramos que dicha demandante nació el 19 de mayo de 1972, por lo que, al momento del fallecimiento del causante tenía 32 años, un mes, y 16 días, cumpliendo con ello el primer requisito exigido.

En cuanto al segundo, encontramos pruebas que nos permiten inferir que la relación del causante con dicha accionante lo fue desde el momento del matrimonio hasta el fallecimiento del causante, esto es, por un término de 10 años, 3 meses, y 28 días. En efecto, a folio 50 obran declaraciones extraprocesales en las que los señores Abel Ramiro Gutiérrez González y Miguel Darío González, dieron cuenta de la convivencia en los términos aludidos de forma ininterrumpida, así como que procrearon tres hijos, Nicole Andrea, Juan Andrés, y María Camila Rodríguez Rojas (pruebas que cuentan con pleno valor probatorio según los artículos 188 y 222 del C.G.P, al no haber sido solicitada ratificación); a folios 52, 97 y 100 obran los registros civiles de nacimiento de los hijos de la pareja; y en el medio óptico de folio 71, se encuentra el registro civil de matrimonio, donde consta que el 08 de marzo de 1994 contrajeron nupcias Sandra Marcela Rojas Echeverry y el causante, por manera que es dable entender que su relación tuvo vocación de permanencia.

- De los hijos del causante: **María Camila, Nicole, y Juan Andrés Rodríguez Rojas.** Como se estableció en precedencia existen constancia que cada uno de ellos es hijo del señor Mario Alberto Rodríguez Benavides, empero, la prestación únicamente es dable reconocerla a su favor hasta cuando cumplieron la edad de 18 años, o hasta los 25 años siempre y cuando acrediten que se encuentra estudiando.

De esta manera, encontramos frente a **María Camila Rodríguez Rojas** que cumplió la edad de 18 años el 09 de septiembre de 2016, no obstante, a folio 53 existe prueba idónea que acredita sus estudios en la Universidad Jorge Tadeo Lozano, por lo que, es posible considerar, como lo hizo acertadamente el *A quo* que, su pensión se podría extender hasta el 09 de septiembre de 2023, siempre y cuando acredite que sigue cursando estudios técnicos o de profesionalización.

Por su parte, y en lo que respecta a **Nicole Rodríguez Rojas**, tal y como lo explicó el Juez de Primera Instancia, el derecho que tuvo a la pensión solo es dable extenderlo **hasta el 14 de abril de 2011**, esto es, hasta que cumplió la edad de 18 años, puesto que nació el mismo día y mes de 1993 (fl.97).

Finalmente, y en relación con **Juan Andrés Rodríguez Rojas**, tal y como lo explicó el Juez de Primera Instancia, el derecho que tuvo a la pensión solo es dable extenderlo **hasta el 16 de septiembre de 2015**, esto

es, hasta que cumplió la edad de 18 años, puesto que nació el mismo día y mes de 1997 (fl.100).

Así las cosas, se considera acertado el reconocimiento de la prestación, por lo que se procederá a estudiar los porcentajes señalados por el Juez de Primera Instancia.

**Fecha de reconocimiento. Proporción de la pensión y acrecimiento**

Teniendo en cuenta que el fallecimiento del señor Mario Alberto Rodríguez Benavides acaeció el 06 de julio de 2004, la fecha de reconocimiento de la prestación debe ser a partir de tal data, por lo que se procede a estudiar en qué proporción le corresponde a los demandantes la pensión, y el fenómeno de acrecimiento.

El artículo Artículo 8° del Decreto 1889 de 1994 establece la distribución de la pensión de sobrevivientes, señalando en su numeral 1° que la pensión se reconocerá así: el 50% para el cónyuge o compañera o compañero permanente del causante, y el otro 50% para los hijos de éste, distribuido por partes iguales.

Por tanto, le asiste razón al *A quo*, al reconocer a favor de Sandra Marcela Rojas Echeverry en su calidad de cónyuge el 50% de la prestación. Ahora, y en lo que respecta a sus demás hijos, es acertado de igual manera, el reconocimiento en partes iguales es decir de un porcentaje del 16,66%.

Ahora bien, y en lo que respecta al acrecimiento, el parágrafo 1° del citado artículo 8° del Decreto 1889 de 1994, señala que cuando expira o se pierde el derecho de alguno de los beneficiarios, la parte de su pensión acrecerá la porción de los beneficiarios del mismo orden.

Así, le asiste razón al *A quo*, al acrecentar la proporción de **María Camila y de Juan Andrés Rodríguez Rojas** al 25% desde el 15 de abril de 2011, al cumplir **Nicole Andrea Rodríguez Rojas** su mayoría de edad el 14 de abril de 2011, y dejar de ser beneficiaria de la prestación. En igual sentido, es acertada la sentencia en cuanto acrecentar la proporción de **María Camila Rodríguez Rojas** al 50% desde el 17 de septiembre de 2015, al cumplir Juan Andrés Rodríguez Rojas la mayoría de edad el 16 de septiembre de 2015.

**Prescripción y valor de la mesada**

En consideración a que se tuvo la fecha de la demanda, 23 de agosto de 2019, sin establecerse que con alguna otra reclamación anterior se logró interrumpir la prescripción, y dado que, ello no fue objeto de apelación por la parte actora, se considera que, fue el líbelo introductor el que logró interrumpir el fenómeno extintivo de las mesadas causadas con anterioridad al **23 de agosto de 2016**, por lo que en tal medida, operó el fenómeno extintivo de la prescripción respecto de la proporción de las mesadas que se reconocerían a favor de **Juan Andrés y Nicole Rodríguez Rojas**, pues el primero sólo tuvo derecho hasta el 16 de septiembre de 2015, y la segunda hasta el 14 de abril de 2011; lo anterior, teniendo en cuenta que los artículos 151 del C.P.T y de la S.S y 488 y 489 del C.S.T, prevén un término de tres años para efectos del fenómeno estudiado.

En igual sentido, operó tal fenómeno frente a las mesadas de Sandra Marcela Rojas Echeverry causadas con anterioridad al 23 de agosto de 2016 por las razones expuestas, no siendo así con **María Camila Rodríguez Rojas,** pues esta era menor de edad, y la prescripción se encontraba suspendida hasta que cumplió 18 años, lo que ocurrió el 09 de septiembre de 2016. Sobre el tópico la Sala de Casación Laboral en sentencia SL1983-2019 reiterada en la SL1456-2020, sostuvo:

*"la suspensión de la prescripción para el caso de los menores de edad, la que se encuentra regulada expresamente en el artículo 2530 del Código Civil, el cual reza: «La prescripción se suspende a favor de los incapaces y, en general, de quienes se encuentran bajo tutela o curaduría», ello en concordancia con el precepto 2541 ibídem; y en esa medida, no era dable contabilizar o correr el término prescriptivo frente a este, hasta tanto no llegara a su mayoría de edad, situación sobre la que ya esta Sala se ha pronunciado en reiteradas oportunidades"*

De esta manera, y dado que se demandó el 23 de agosto de 2019 (fl.56), es claro que no transcurrieran los tres años de que trata el artículo 151 del C.P.T y de la S.S, por lo que ningún valor a favor de tal demandante se encuentra prescrito.

En cuanto al valor de la mesada pensional, toda vez que por parte del *A quo* se reconoció el salario mínimo legal, no es dable modificarlo para establecer uno inferior, en virtud del artículo 35 de la Ley 100 de 1993, así como tampoco para determinar uno superior en virtud del principio de la *no reformatio in pejus*, de modo que se confirmará.

**Intereses moratorios**

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

En el caso, vemos que las razones que tuvo Colpensiones para no reconocer la prestación fue la falta de semanas mínimas al momento del fallecimiento, tal y como da cuenta la Resolución 015105 de 2005 (fls.13 y 14), no obstante, y como quedó dicho el causante acumulaba **111,61** semanas, por demás que, verificada la historia laboral no se observa que se hubiere realizado un pago posterior del causante como para que no hubieren sido objeto de contabilización en su momento. Por tanto, se considera acertada la decisión del A Quo que impuso su pago a cargo de la parte activa.

Ahora bien, dichos intereses moratorios según el artículo 1° de la Ley 717 de 2001, operan a los dos meses después de radicada la solicitud por el peticionario, por lo que, al elevarse solicitud 07 de septiembre de 2004 (fl.13), habría lugar a ellos, a partir del **07 de noviembre de 2004**, pero dado que, se reconocieron a favor de María Camila Rodríguez Rojas a partir del **07 de enero de 2005**, no es dable modificar en tal sentido la sentencia, en virtud a que se revisa en consulta en favor de la entidad condenada . Pese lo dicho, habrá de MODIFICARSE el numeral cuarto de la sentencia en el sentido de ACLARAR que los intereses moratorios sobre el retroactivo del 06 de julio al 31 de diciembre de 2004 se deberán liquidar a partir del 07 de enero de 2005 hasta que se haga efectivo su pago, y que las mesadas causadas a partir del 01 de enero de 2005 se deberán liquidar a partir de la causación de cada una de ellas hasta que se haga efectivo su pago.

En relación con la demandante Sandra Marcela Rojas Echeverry sería del caso tener como fecha de causación la anteriormente descrita (07 de noviembre de 2004), empero como operó la prescripción sobre el retroactivo anterior al **23 de agosto de 2016,** se considera que hay lugar a intereses moratorios a partir de la causación de cada mesada hasta que se haga efectivo su pago. Por tanto, se MODIFICARÁ el numeral cuarto de la sentencia, en el sentido de establecer que los intereses moratorios sobre las

mesadas causadas a partir del 23 de agosto de 2016, se deberán liquidar a partir de la causación de cada una de ellas hasta que se haga efectivo su pago.

**Costas**

El artículo 365 del C.G.P establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, como lo es en este caso Colpensiones.

## IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

No se impondrán costas en esta instancia.

## V. DECISIÓN

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

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

**PRIMERO. – MODIFICAR el numeral cuarto** de la sentencia, el cual quedará de la siguiente manera:

- ***CUARTO: CONDENAR*** *a Colpensiones a pagar los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre las mesadas pensionales, de la siguiente manera:*

- A favor de la demandante María Camila Rodríguez Rojas, los intereses moratorios sobre el retroactivo del 06 de julio de 2004 al 31 de diciembre de 2004 se deberá liquidar desde el 07 de enero de 2005 hasta la data en que se haga efectivo su pago; y que los intereses moratorios sobre las mesadas causadas a partir del 01 de enero de 2005 se deberán liquidar a partir de la causación de cada una de estas mesadas hasta que se haga efectivo su pago.

- A favor de la demandante Sandra Marcela Rojas Echeverry, los intereses moratorios sobre las mesadas causadas a partir del 23 de agosto de 2016, se deberán liquidar a partir de la causación de cada una de estas mesadas hasta que se haga efectivo su pago.

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

**TERCERO. -** Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

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

Los Magistrados,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**DAVID A.J. CORREA STEER**

**AUTO**

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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**
Magistrada Sustanciadora.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 008

**AUTO:**

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

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

## I. ASUNTO A TRATAR

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** - en favor de la demandante la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de agosto de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **GLADYS PÁEZ DE BARRERA** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

## II. ANTECEDENTES

## 1. Hechos

La parte demandante aspira a que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por persona a cargo a partir del 8 de enero de 2007, así como los intereses moratorios e indexación por dicho concepto.

## 2. Actuación Procesal.

Notificada la entidad demandada, **COLPENSIONES**, dio respuesta al líbelo genitor, exponiendo, en síntesis, que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se crea un nuevo modelo normativo, lo que implicó la derogatoria expresa y tácita de la normatividad anterior, con el fin de mantener y ejecutar el nuevo modelo.

Menciona que, en el presente caso, los incrementos otorgados por el Decreto 758 de 1990, mediante sus artículos 21 y 22, no tienen vigencia ni aplicabilidad como consecuencia de la derogatoria tácita de los mismos en cumplimiento de una orden legal contenida en el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, ya que estos son contrarios a la nueva norma, en la cual no fueron relacionados ni tenidos en cuenta debido a que incluirlos, violaría el derecho a la igualdad de los afiliados y la sostenibilidad del sistema en tanto las pensiones se liquidan de acuerdo a los aportes que el afiliado realice.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que denominó prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, pago y buena fe.

## 3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

Para sustentar su decisión, adujo, en síntesis, que conforme lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019, los incrementos de que trata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no forman parte integral de la pensión de invalidez o vejez, siendo derechos accesorios a la pensión que se le hubiese reconocido a quien hubiera cumplido con los presupuestos previstos para ello, con la naturaleza de beneficios pensionales por fuera del sistema general de pensiones, por lo que la aplicación de tales beneficios extrapensionales a una pensión causada con posterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 resulta incompatible con el artículo 48 de la Constitución Política que predica que los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas serán los establecidos en las leyes del sistema general de pensiones, además, que al estar incorporados en una norma anterior a la expedición de la Ley 100 de 1993, serían, por simples razones de vigencia, beneficios distintos de aquellos que posteriormente hubiesen podido preverse, distinción esta que explica la

pérdida de eficacia de dichos incrementos por cuenta de su incompatibilidad con la regla constitucional atrás referida.

Así mismo, menciona que la Corte Constitucional expuso en la mentada sentencia que salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica y por ello, la discusión acerca de la imprescriptibilidad de la acción tendiente a su obtención resulta inane.

Expone, para el caso particular, que la pensión de la actora fue otorgada mediante Resolución No. 008854 de febrero de 2007 (fl. 17), causada posteriormente a la expedición de la Ley 100 de 1993, por lo que tiene una incompatibilidad con el artículo 48 constitucional y, si bien fueron probados los requisitos establecidos para acceder a los incrementos deprecados, conforme la mentada sentencia SU 140 de 2019 es claro que el derecho de pensión le fue reconocido a la accionante mediante el acto administrativo antedicho aplicando el Acuerdo 049 de 1990, pero solamente a partir del 08 de enero de 2007, luego, el derecho pensional de la señora Páez de Barrera se causó con posterioridad al 1° de abril de 1994, lo que conlleva a concluir que no tiene derecho al incremento pensional solicitado.

### 4. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

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

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

## III. CONSIDERACIONES

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

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

**De los incrementos pensionales por personas a cargo**

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

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

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

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

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

**CASO CONCRETO**

Sin que exista duda en torno a que la fuente normativa a partir de la cual se le reconoció el derecho pensional a la actora, es la misma que

contiene la regulación sobre los incrementos pensionales por personas a cargo, esto es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, debe precisarse que ello fue así por ser la actora beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Ello se desprende de la Resolución No. 008854 del 2007, obrante a folio 17 del plenario.

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

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

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

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

En esta instancia no se causaron costas.

## IV. DECISIÓN

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

## V. R E S U E L V E

**PRIMERO**. - **CONFIRMAR** la sentencia consultada, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO**.- Sin costas en esta instancia

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

**Los Magistrados,**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA** **DAVID A.J. CORREA STEER**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**
Magistrada Sustanciadora.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 008

**AUTO:**

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

## I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados de Colfondos S.A. y Colpensiones y el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** a favor de esta última, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que LUZ YOLANDA MORALES MARTÍN promoviese contra COLFONDOS S.A. PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

## II. ANTECEDENTES

### 1. Hechos

En lo que interesa para resolver la instancia, la actora pretende se declare la nulidad del traslado efectuado del RPM al RAIS a través de Colfondos S.A.

Como consecuencia de ello, depreca se ordene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes realizados a nombre de la actora,

incluidos los rendimientos financieros y el bono pensional y a esta última a recibir dichos dineros.

Solicita, como pretensión subsidiaria solicita se declare la ineficacia del traslado en mención.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta, la presunta falta de información clara, profesional, completa y suficiente a la demandante, de parte de la AFP Colfondos S.A, al momento de efectuarse el correspondiente traslado.

**2. Actuación Procesal.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**COLPENSIONES** (fls. 78-93) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la innominada o genérica.

Expuso que la afiliación de la hoy demandante al RAIS tiene plena validez y legalidad, puesto que no probó alguna de las causales de nulidad, verbigracia vicios en el consentimiento, y por el contrario confesó que se afilió a Colfondos S.A.

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

Aduce que la demandante subsanó cualquier tipo de error que hubiese podido suceder, que no era beneficiaria del régimen de transición, pues al 1° de abril de 1994 no tenía 750 semanas cotizadas o 15 años de servicios y que se trasladó de forma libre y voluntaria, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Respecto de la nulidad destaca que, cualquier declaración al respecto se encuentra actualmente prescrita conforme lo dispone el artículo 1750 del Código Civil.

Por su parte, la **A.F.P COLFONDOS S.A.** (fls. 103-161), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó inexistencia de derecho reclamado, inexistencia de vicios en

el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe y la genérica o innominada.

Expuso que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición ya que no cumple con lo establecido por la Corte Constitucional en sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013 y por tanto no pertenece al grupo de afiliados que podrá trasladarse de régimen pensional en cualquier tiempo, pues para el 1° de abril de 1994 no contaba con 750 semanas cotizadas o 15 años de servicios.

Indica que a la demandante no le asiste el derecho de trasladarse al RPM teniendo en cuenta que le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez, pues, a la fecha de contestación de la demanda, cuenta con 56 años.

Menciona que no se evidencia que exista un error en la afiliación de la demandante que pueda generar la declaratoria de nulidad o ineficacia de su afiliación a Colfondos S.A. y tampoco existe prueba alguna de que se haya presentado un vicio en el consentimiento de la actora que pudiera generar la nulidad de la afiliación en mención.

Aduce que cualquier persona puede acceder a las fuentes de información donde están claramente definidas las características de cada uno de los regímenes pensionales existentes en Colombia, por lo que pretender trasladar como único responsable a esa entidad, es desconocer las obligaciones que también tienen los afiliados de analizar, averiguar e informarse de manera clara y concisa sobre cuál es la mejor opción, máxime cuando nadie puede alegar su propia culpa.

Refiere que las sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no pueden aplicarse al presente caso, ni pueden tenerse como precedente, pues se estaría vulnerando el derecho al debido proceso y el principio de legalidad, ya que no tienen similitud fáctica con este asunto, además, a la fecha de vinculación de la demandante al RAIS la obligación de información y buen consejo no se encontraba vigente en los términos actuales.

Finalmente, indica que cualquier acción de una posible nulidad se encuentra prescrita en los términos del artículo 1750 del Código Civil.

La **A.F.P PORVENIR S.A.** (fls. 177-195), se opuso a las pretensiones incoadas en su contra y propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

En resumen, adujo, que la solicitud de nulidad es improcedente por cuanto no existe vicio alguno en el consentimiento al momento del

surgimiento del acto jurídico de afiliación a esta AFP y que por el contrario están dados los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizado por la demandante; que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la Ley es libre y voluntaria por parte del (a) afiliado (a), quien manifiesta por escrito su elección al momento de su vinculación o traslado, lo cual se realiza con la suscripción de afiliación al respectivo fondo.

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

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

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

## 3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La ***A quo*** dictó sentencia condenatoria:

***PRIMERO. – DECLARAR*** *la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por la señora Luz Yolanda Morales Martín al RAIS con fecha 12 de mayo de 1998, por intermedio de la AFP Porvenir S.A., y en consecuencia, declarar como afiliación válida la del RPMPD administrado por Colpensiones, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.*

***SEGUNDO. - CONDENAR*** *a la AFP COLFONDOS S.A., previa declaratoria de nulidad, a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de Luz Yolanda Morales Martín identificada con C.C. No. 51.664.690 a Colpensiones.*

***TERCERO. -*** ***CONDENAR*** *a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el RPMPD y a actualizar su historia laboral.*

***CUARTO. -*** ***DECLARAR*** *no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. (...)*

En síntesis, indicó que fue probado que la accionante efectuó cotizaciones al extinto ISS entre el 01 de febrero de 1995 al 30 de junio de 1998, según se desprende del reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones y obrante a folio 87.

Concluyó le correspondia a PORVENIR S.A. la carga de probar en qué circunstancias se hizo el ofrecimiento de traslado a la actora, las condiciones en que este se le otorgó, si se le brindó una información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales para que su consentimiento estuviera debidamente informado y así escoger el que mejor le conviniera.

Destaca que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sido pacífica y reiterada al indicar que para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad y deseo del afiliado se requiere que la administradora de ahorro individual haya suministrado información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, y que bajo el criterio de transparencia deben resaltarse, no solo lo favorable, sino todo lo que se deriva con la aceptación del traslado, llegando incluso, si fuera el caso, a desanimar al interesado en tomar una decisión que perjudica en sus intereses y que la omisión de esa información trae como consecuencia la nulidad del traslado.

Para el caso concreto mencionó que no fue probado que la demandante hubiese recibido la información por parte de la AFP PORVENIR S.A. sobre las ventajas y desventajas que le conllevaba el cambio de régimen, así como tampoco se demostró que se le hubiese suministrado información clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado, lo que constituye una omisión en su deber de información.

Mencionó que, si bien a folio 185 reposa el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. donde se consigna la voluntad de afiliación, esto no resulta ser un medio probatorio idóneo del que se infiera que se haya proporcionado toda la información del traslado de la actora, situación que a lo sumo acredita un consentimiento, pero no informado y pese a que en el formulario de afiliación se plasmó la firma de la actora como aceptación de lo allí contenido, no es menos cierto que el fondo encartado no cumplió su deber de proporcionarle una suficiente y clara información sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

**4. APELACIÓN**

**COLFONDOS.** Indicó que, conforme lo establecido en el artículo 1502 del Código Civil, para que una persona pueda obligarse deben concurrir la capacidad, el consentimiento libre de vicios, el objeto y la causa lícita y la accionante realiza la afiliación a este fondo bajo estos elementos, lo que se evidencia con la firma del formulario.

Respecto del error que indica la accionante fue inducida por los asesores del fondo, este puede ser un error de hecho o de derecho, el cual no vicia el consentimiento en la medida en que hace referencia al desconocimiento de la ley o la interpretación errada de la misma y en este caso las dos partes conocían la naturaleza del acto jurídico celebrado, cual era la afiliación al RAIS, adicionalmente, Colfondos S.A. le dio a conocer a la demandante las condiciones del traslado y si se hace referencia a un error en la persona, la demandante desde el inició conoció que la vinculación la estaba realizando con un fondo privado de pensiones, por lo que no existe un error que pueda generar la declaratoria de nulidad de la afiliación de la actora a Colfondos S.A., sino que es un error de derecho, el cual es sabido que no sirve de excusa para el desconocimiento de la ley.

Resalta que cualquier acción de una posible nulidad se encuentra prescrita en la medida que a la pretensión del presente proceso deberán aplicársele las reglas del Código Civil y conforme el artículo 1750 de dicha codificación el plazo para pedir la rescisión es de 4 años, y en este asunto la acción debió interponerse dentro de los 4 años siguientes a la suscripción de la afiliación, lo cual no aconteció.

**COLPENSIONES.** Expuso que el origen del presente proceso es económico respecto de la mesada pensional que va a recibir en Colfondos S.A. en comparación con Colpensiones.

Aduce que el proceso fue sujeto a la existencia y perfeccionamiento del acto ineficaz con ocasión al artículo 898 del Código de Comercio, donde se expresa que la ratificación expuesta de las partes, dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente, lo cual se acompasa con la sentencia SL 14413 de 2018, además, la misma fue saneada conforme lo dispuesto en los artículos 1752 y 1754 del Código Civil.

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

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 13 de octubre de 2020, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 18 de enero del 2021 se dispuso correr el

respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la demandante y de Colpensiones.

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

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

## III. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** a resolver se circusncribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

**De la ineficacia del traslado**

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

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por

la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

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

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

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

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

| Etapa acumulativa | Normas que obligan a las administradoras de pensiones información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|---|---|---|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la |

| | | |
|---|---|---|
| | constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br><br>Decreto 2241 de 2010 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n. 0 016 de 2016 | Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

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

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

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

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los

usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003 por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

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

> *"2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado*
>
> *Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre U voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*
>
> *Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.*
>
> *Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado".*

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

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

> *depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.*
>
> *...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> *Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.*

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

> *"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.*
>
> *De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.*
>
> *Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."*

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del

deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

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

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

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

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

**EL CASO CONCRETO**

Se encuentra probado en el expediente que: i) la activa se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del entonces I.S.S., el día 01/02/1995 (fl. 87); ii) que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. el día 12/05/1998 (fl. 185); (iii) que posteriormente se trasladó dentro del mismo régimen al fondo de pensiones HORIZONTE el día 04/06/1999 (fls. 186), regresando nuevamente a PORVENIR el 28/03/2000 (fl. 187) y iii) que solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el día 13/09/2017 (fl. 93) pero le fue negada la posibilidad por las demandadas.

A folio 185 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 12 de mayo de 1998 con Porvenir S.A. , el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *"la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado"*[1]

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

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

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

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

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

> *"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*
>
> *Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*
>
> *Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.*
>
> *La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.*
>
> *Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."*

Es por ello por lo que, SE MODIFICARÁ la decisión de primer grado en tal sentido, para declarar la ineficacia de la afiliación de la actora a la

AFP PORVENIR S.A. y no su nulidad, razón por la cual resulta inane la demostración de alguno de los vicios del consentimiento en el acto de afiliación.

En cuanto al argumento esgrimido por Colpensiones al sustentar su recurso de apelación, tal y como o indicó la sentencia anteriormente citada, en casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, la ineficacia resulta insaneable ni por el paso del tiempo ni por la ratificación de la afiliada, ya que no es saneable aquello que no produjo efectos.

Frente a la devolución de las cuotas o gastos de administración que ordenó efectuar la A Quo, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los gastos de administración que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. En igual sentido, la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

> *"De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste*

*razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones".*

De esta manera, es claro que la declaratoria de ineficacia de traslado genera a cargo de todas las entidades involucradas el deber de reintegrar los correspondientes valores que percibieron como cuotas de administración y comisiones, por lo que, en tal sentido se considera acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia.

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

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

## IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

## V. DECISIÓN

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

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO.- MODIFICAR** el numeral primero de la parte resolutiva de la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

En su lugar, dicho numeral quedará así:

***"PRIMERO. – DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado de régimen pensional efectuado por la señora Luz Yolanda Morales Martín al RAIS con fecha 12 de mayo de 1998, por intermedio de la AFP Porvenir S.A., y*

*en consecuencia, declarar como afiliación válida la del RPMPD administrado por Colpensiones, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia."*

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

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

Los Magistrados,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**DAVID A.J. CORREA STEER**
Aclaro Voto!

169

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**
Magistrada Sustanciadora.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 008

## I. AUTO

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

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

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

## II. ASUNTO

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

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

## III. ANTECEDENTES

### 1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la "nulidad" y/o ineficacia de la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por la indebida y nula información que suministró la AFP Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual.

### 2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**PORVENIR S.A.,** (fls. 70-95) se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que considera tener a su favor, entre ellas la de prescripción.

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

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

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

Finaliza mencionando que en el presente asunto no es posible aplicar las sentencias que en materia de nulidades ha proferido la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que no es un caso análogo a las situaciones

jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones pues los supuestos son diferentes, ya que en este caso el demandante no es una persona excluida del régimen ni tampoco beneficiario del régimen de transición, no contaba ni con un derecho adquirido, una mera expectativa o una expectativa legitima que lo lleve a ser cobijado bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

**COLPENSIONES**, (fls. 83-111) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, entre otras, la de prescripción.

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

Menciona que la accionante no podrá retornar al régimen de prima media ante la clara ausencia de requisitos legales y jurisprudenciales para ello.

Frente a la declaratoria de nulidad destaca que cualquier declaración al respecto estaría actualmente prescrita como lo dispone el artículo 1750 del Código Civil.

### 3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La ***A quo*** dictó sentencia condenatoria:

*"**PRIMERO:** Declarar la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por la señora Nelly Carranza Hernández al RAIS con fecha 31 de enero de 2000, por intermedio dela AFP Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y en consecuencia, declarar como afiliación válida la del RPMPD administrado por Colpensiones, tal como se dijo en las consideraciones de la sentencia.*

***SEGUNDO:** Condenar a la AFP Porvenir S.A. por ser la entidad a la cual se encontraba afiliada la demandante precio a la declaratoria de nulidad aquí resuelta, a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración, seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora Nelly Carranza Hernández, identificada con C.C. No. 51.127.158 a Colpensiones.*

***TERCERO:** Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el RPMPD y a actualizar su historia laboral.*

***CUARTO:** Declarar no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas. (...)"*

En síntesis, indicó el A Quo, que corresponde a PORVENIR S.A. la carga de probar en qué circunstancias se hizo el ofrecimiento de traslado

a la actora, las condiciones en que este se le otorgó, si se le brindó una información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales para que su consentimiento estuviera debidamente informado y así escoger el que mejor le conviniera.

Destacó que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sido pacífica y reiterada al indicar que para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad y deseo del afiliado se requiere que la administradora de ahorro individual haya suministrado información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, y que bajo el criterio de transparencia deben resaltarse, no solo lo favorable, sino todo lo que se deriva con la aceptación del traslado, llegando incluso, si fuera el caso, a desanimar al interesado en tomar una decisión que perjudica en sus intereses y que la omisión de esa información trae como consecuencia la nulidad del traslado.

Para el caso concreto concluyó que no fue probado que la demandante hubiese recibido la información por parte de la AFP PORVENIR S.A. sobre las ventajas y desventajas que le conllevaba el cambio de régimen, así como tampoco se demostró que se le hubiese suministrado información clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado, lo que constituye una omisión en su deber de información.

Expuso que, si bien se allegó el formulario de afiliación suscrito con PORVENIR S.A., en donde se consignó la voluntad de afiliación, este no resulta ser un medio probatorio que demuestre con certeza que se le haya proporcionado información del traslado, pues si bien se plasmó la firma de la aceptación del contenido no es menos cierto que la AFP Porvenir no cumplió con su deber de proporcionar suficiente completa información sobre las implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

## 4. APELACIÓN

**COLPENSIONES**

Indica que, realizado el análisis de las circunstancias de modo, tiempo y lugar del origen de la presente acción, se observa que operó el perfeccionamiento del acto inexistente de acuerdo con el artículo 898 del Código de Comercio, así mismo, en el Código Civil se pueden verificar los artículos 1752 y 1754 respecto a la ratificación tácita.

Aduce que, siendo el caso valorado bajo la figura de la ineficacia y no de la nulidad, se evidencia que con el paso del tiempo la actora no ha realizado actos que sugieran su inconformidad o no intención de no pertenecer a la AFP, pues ha cotizado una densidad considerable de años

que no denotan la existencia de las falencias alegadas por la falta de información, situación que fue perfeccionada, sin que se pueda concluir que exista un acto ineficaz por el paso del tiempo y que la actora hasta ahora tenga interés por su estatus pensional.

Frente al numeral segundo de la sentencia, menciona que el despacho se acoge a un precedente jurisprudencial establecido en una ley estatutaria de justicia, por lo que no es necesario hacer un análisis de fondo de gastos de administración y seguros.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas refiere que si bien Colpensiones propuso excepciones, ello fue porque esta entidad es un tercero de buena fe y sobre la misma recae la obligación de hacer, pues el debate jurídico se centra entre la AFP y la accionante.

**PORVENIR S.A.,**

Adujo que, si bien el formulario de afiliación fue el único documento que se aportó, ello se dio en cumplimiento de un deber legal, documento que contiene toda la información que identifica a la accionante y el cual no significa que a la accionante no se le haya dado la información veraz, oportuna y suficiente relacionada con su régimen pensional.

Advirtió que en temas pensionales hay obligaciones y deberes a cumplir por parte de los afiliados, y en este caso, desde el mismo interrogatorio de parte la accionante manifestó no haber tenido tiempo para atender la solicitud del asesor que le realizó el traslado, no obstante haberle dado toda la información pertinente que solamente ella podía saber.

Explicó que la accionante no puede decir hoy en día que aquel negocio jurídico no es válido simplemente porque no se han cumplido unas expectativas, pues si bien la acción esta incoada por falta al deber de información, lo que claramente se evidencia es que su razón de ser es porque no se han satisfecho unos valores económicos relacionados con sus mesadas pensionales.

Respecto de los gastos de administración, indicó que están establecidos en la ley 100 de 1993, por lo que estos valores no se descuentan de manera arbitraria, ya que están autorizados por la Ley, y pretender que estos conceptos sean devueltos conlleva a ir en contra de la seguridad jurídica, máxime cuando estos descuentos incrementan su cuenta de ahorro individual lejos de causar un perjuicio.

Pretende además que no se acoja la solicitud de Colpensiones, ya que lo que tiene que ver con los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia también están siendo autorizados para los fines pertinentes ya que en este momento la afiliada se encuentra asegurada y estos conceptos están ya causados por lo que no pueden devolverse y que si lo

que se pretende es que todo vuelva a su estado natural, también debe devolverse a PORVENIR S.A. los dineros que por rendimientos ha ganado la cuenta ahorro individual de la demandante.

**5. Actuación Procesal en Segunda Instancia**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 13 de octubre de 2020, se admiten los recursos de apelación.

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

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

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

## IV. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** a resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

**DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO**

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios

que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado "buen consejo" la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

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

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

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

la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

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

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

| Etapa acumulativa | Normas que obligan a las administradoras de pensiones información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|---|---|---|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br><br>Decreto 2241 de 2010 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n. 0 016 de 2016 | Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

*1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.*
*Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen*

*adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

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

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

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

*En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.*

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

*Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó*

> *transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.*

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

> *"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.*
>
> *De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.*
>
> *Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."*

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

**EL CASO CONCRETO**

Se encuentra probado en el expediente que: i) la activa se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del entonces I.S.S., el dia 06/02/1986 (fls 88); ii) que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR el día 31/01/2000 (fls 87); y iii) que solicitó nuevamente el traslado de régimen pensional el día 30/08/2018 (fls 36 y 48) pero su solicitud fue negada por la pasiva.

A folio 87 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 31 de enero de 2000 con la AFP PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado*[1]

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

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

En cuanto al argumento presentado por la parte apelante Porvenir S.A. referente a que la demandante también tenía obligación o el deber de informarse, si bien ello resulta acertado, no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y tampoco se exonera de ella el fondo privado por la inactividad de la accionante al no realizar actos tendientes a demostrar su inconformidad con este.

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

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

---

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

> *"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*
>
> *Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*
>
> *Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.*
>
> *La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.*
>
> *Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos." (Negrilla fuera de texto)*

Es por ello que se modificará la decisión de primer grado en tal sentido, para declarar la ineficacia de la afiliación de la actora a la AFP Porvenir S.A. y no su nulidad.

Frente a la inconformidad de Porvenir S.A. respecto de la orden de devolución de cuotas o gastos de administración que ordenó efectuar el A Quo, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el*

*artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

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

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

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

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

En cuanto a lo solicitado por COLPENSIONES respecto de la absolución de la condena en costas, a la misma no se accederá por cuanto, en los términos del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte vencida y en este caso ello acaeció con COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

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

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Conforme lo antes expuesto, se MODIFICARÁ el numeral primero de la sentencia de primer grado, para declarar la INEFICACIA del traslado de la demandante del RPM al RAIS y no la nulidad como allí se dispuso.

## V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

## VI. DECISIÓN

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

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

**PRIMERO**.- **MODIFICAR** el numeral primero de la parte resolutiva de la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

En su lugar, dicho numeral quedará así:

*"**PRIMERO:** Declarar la **INEFICACIA** del traslado de régimen pensional efectuado por la señora Nelly Carranza Hernández al RAIS con fecha 31 de enero de 2000, por intermedio de la AFP Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y en consecuencia, declarar como afiliación válida la del RPMPD administrado por Colpensiones, tal como se dijo en las consideraciones de la sentencia."*

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

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**DAVID A.J. CORREA STEER**

Aclaro Voto!

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**
**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**
Magistrada Sustanciadora.

Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 008

**AUTO:**

**PRIMERO:** Téngase por reasumido el poder por JOHANNA ANDREA SANDOVAL, identificada con C.C. No. 38.551.125 y T.P. No. 158.999 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

**SEGUNDO:** Reconózcase como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

## I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por el apoderado de Colpensiones y el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el 09 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que MERCEDES BERNAL DE POVEDA promoviese contra COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES.

## II. ANTECEDENTES

**1. Hechos**

En lo que interesa para resolver la instancia, la actora pretende se declare la nulidad del traslado efectuado del RPM al RAIS a través de Colfondos S.A.

Como consecuencia de ello, depreca se ordene devolver a Colpensiones todos los aportes y rendimientos recibidos desde la afiliación al RAIS y el eventual bono pensional, en caso de haberlo solicitado, al igual que sus intereses e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta, la presunta falta de información a la demandante, de parte de la AFP Colfondos S.A, al momento de efectuarse el correspondiente traslado.

**2. Actuación Procesal.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**COLPENSIONES** (fls. 83-97) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica y buena fe.

Expuso que la parte actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo cual demuestra que la afiliada era consciente sobre el formulario que suscribió para cambio de régimen y que la elección del régimen y de la administradora se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones.

Aduce que, debido a la validez del traslado efectuado por la actora, no es posible su retorno al régimen de prima media por ausencia de requisitos legales y jurisprudenciales para su procedencia, ello teniendo en cuenta las sentencias C-1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013.

Indica que, conforme las sentencias en mención, la Corte Constitucional ha dejado claramente establecido que las únicas personas amparadas por el régimen de transición que pueden retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media son aquellas que tengan 15 años de servicios cotizados al 1° de abril de 1994.

Respecto a la nulidad destaca que cualquier declaración al respecto estaría actualmente prescrita conforme lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil.

Menciona que la Corte Constitucional determinó que, el impedir el traslado de régimen cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, obedece a la finalidad constitucional de evitar la descapitalización del sistema general de pensiones y asegurar de este modo el pago futuro de las pensiones de los afiliados y el reajuste económico de las mismas.

Finaliza indicando que, le correspondía a la actora la carga de probar el hecho que no recibió información por parte de la AFP Colfondos S.A, lo cual no se cumplió en el presente asunto.

Por su parte, la **A.F.P COLFONDOS S.A.** (fls. 66-81), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la innominada o genérica.

Expuso que esa entidad le informó a la demandante de manera adecuada y completa, con anterioridad a su vinculación, acerca de las condiciones bajo las cuales operaba el RAIS, situación que quedó demostrada con la suscripción del formulario de afiliación, donde dejó constancia que su afiliación fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones, formulario que se ajusta a la Ley y contiene la información requerida para el efecto, además de que la demandante no hizo uso del derecho de retracto que la ley le concede.

Menciona que, en cuanto a los vicios del consentimiento la parte demandante no especifica claramente en qué consistió la acción fraudulenta de esa entidad y en caso de referirse a un error de derecho, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1509 del Código Civil no produce vicio en el consentimiento y en caso de referirse a un error de hecho, por virtud del artículo 1510 ibídem, solo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado entre la parte demandante y Colfondos, ya que la señora Bernal de Poveda sí pretendió afiliarse al fondo de pensiones del RAIS.

Finalmente dijo, que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, ni por edad ni por tiempo de cotización, por lo que no es procedente su traslado automático en cualquier tiempo al RPM, en los términos de la sentencia SU 062/2010.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La ***A quo*** dictó sentencia condenatoria:

***PRIMERO. – DECLARAR*** *la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por la señora Mercedes Bernal de Poveda al RAIS con fecha 20 de septiembre de 1994, por intermedio de la AFP Colfondos S.A., y en consecuencia, declarar como afiliación válida la del RPMPD administrado por Colpensiones, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.*

***SEGUNDO. - CONDENAR*** *a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar los aportes pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de Mercedes Bernal de Poveda identificada con C.C. No. 41.646.350 a Colpensiones.*

***TERCERO. - CONDENAR*** *a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el RPMPD y a actualizar su historia laboral.*

***CUARTO. - DECLARAR*** *no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. (...)*

Para fundamentar su decisión, el A Quo estimó, en síntesis, que fue probado que la accionante estuvo vinculada al extinto I.S.S., desde el 14 de mayo de 1987, como se observa en la historia laboral allegada con el expediente administrativo de folio 100, y que el 20 de septiembre de 1994 suscribió formulario denominado "solicitud de vinculación a la AFP COLFONDOS S.A.", como se evidencia a folio 81.

Adujo que le correspondía a COLFONDOS S.A. la carga de probar en qué circunstancias se hizo el ofrecimiento de traslado a la actora, las condiciones en que este se le otorgó, si se le brindó una información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales para que su consentimiento estuviera debidamente informado y así escoger el que mejor le conviniera.

Destacó que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sido pacífica y reiterada al indicar que para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad y deseo del afiliado se requiere que la administradora de ahorro individual haya suministrado información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, y que bajo el criterio de transparencia deben resaltarse, no solo lo favorable, sino todo lo que se deriva con la aceptación del traslado, llegando incluso, si fuera el caso, a desanimar al interesado en tomar una decisión que perjudica en sus intereses y que la omisión de esa información trae como consecuencia la nulidad del traslado.

Para el caso concreto concluyó que no fue probado que la demandante hubiese recibido la información por parte de la AFP Colfondos S.A. sobre las ventajas y desventajas que le conllevaba el cambio de régimen, así como tampoco se demostró que se le hubiese suministrado información clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado, lo que constituye una omisión en su deber de información y que, si bien a folio 81 reposa el formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS S.A. donde se consigna la voluntad de afiliación, esto no resulta ser un medio probatorio idóneo del que se infiera que se haya proporcionado toda la información del traslado de la actora, situación que a lo sumo acredita un consentimiento, pero no informado.

## 3. APELACIÓN

**COLPENSIONES.** Indicó que, siendo este caso valorado bajo la figura de la ineficacia y no de la nulidad, se evidencia que con el paso del tiempo y teniendo en cuenta la densidad de los daños, no se encuentra que las alegadas falencias en el daño y la falta de información hubiesen estado sujetas a reproche, ya que las mismas se encuentran perfeccionadas por el tiempo y la gran densidad de este, lo que sugiere y, bajo el análisis de la ineficacia, que la misma fue sujeta al perfeccionamiento del acto inexistente, con ocasión de la sentencia SL 413 de 2018 y el artículo 898 del Código de Comercio.

**Actuación Procesal en Segunda Instancia:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 13 de octubre de 2020, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 18 de enero del 2021 se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por Colpensiones.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

## III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** a resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

**De la ineficacia del traslado**

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado "buen consejo" la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes

de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838),** la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

**a) Sobre el deber de información,** en la sentencia citada quedó dicho:

*"El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:*

| Etapa acumulativa | Normas que obligan a las administradoras de pensiones información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|---|---|---|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br><br>Decreto 2241 de 2010 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n. 0 016 de 2016 | Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

*1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.*

*Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

*Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.*

*Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado".*

**b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado,** la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

*2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado*

*Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.*

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre U voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

*Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:*

*(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

*Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.*

*Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado".*

**c) En cuanto a la carga de la prueba:** También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explícita así:

*"En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.*

*...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

*Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.*

**d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos,** la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

*"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.*

*De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.*

*Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."*

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En cuanto a que la demandante debía conocer la ley o en otras palabras que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, dicho principio del derecho no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia de la actora al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular.

**e)** En lo que respecta al argumento referente a que la decisión tomada por la Jueza de Primera Instancia **descapitaliza el fondo y afecta el principio de sostenibilidad financiera**, a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*
>
> *"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*
>
> *"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones*

*sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".*

Por lo anterior, no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

**EL CASO CONCRETO**

Se encuentra probado en el expediente que: i) la activa se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del entonces I.S.S., el día 14/05/1987 (fl. 100); ii) que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Colfondos S.A. el día 20/09/1994 (fl. 81) y iii) que solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el día 28/09/2018 (fl. 100) pero le fue negada la posibilidad por las demandadas.

A folio 81 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 20 de septiembre de 1994 con Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado*[1]

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose Colfondos S.A. en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

[1] SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

*"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

*Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*

*Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.*

*La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.*

*Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."*

Es por ello por lo que, se modificará la decisión de primer grado en tal sentido, para declarar la ineficacia de la afiliación de la actora a la AFP Colfondos S.A. y no su nulidad.

En cuanto al argumento esgrimido por Colpensiones al sustentar su recurso de apelación, tal y como o indicó la sentencia anteriormente citada, en casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, la ineficacia resulta insaneable ni por el paso del tiempo ni por la ratificación de la afiliada, ya que no es saneable aquello que no produjo efectos.

Frente a la devolución de las cuotas o gastos de administración que ordenó efectuar la A Quo, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*
>
> *Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:*
>
> *"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los gastos de administración que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. En igual sentido, la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

> *"De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones".*

De esta manera, es claro que la declaratoria de ineficacia de traslado genera a cargo de todas las entidades involucradas el deber de reintegrar los

correspondientes valores que percibieron como cuotas de administración y comisiones, por lo que, en tal sentido se considera acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

## IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

## V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO.- MODIFICAR** el numeral primero de la parte resolutiva de la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

En su lugar, dicho numeral quedará así:

*"**PRIMERO:** Declarar la **INEFICACIA** del traslado de régimen pensional efectuado por la señora Mercedes Bernal de Poveda al RAIS con fecha 20 de septiembre de 1994, por intermedio de la AFP Colfondos S.A. y en consecuencia, declarar como afiliación válida la del RPMPD administrado por Colpensiones, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia."*

**SEGUNDO.- SIN COSTAS** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**DAVID A.J. CORREA STEER**
Aclara Voto.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**
**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Sustanciadora

Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 008

## I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de mayo de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que LUCY MYRIAM RODRÍGUEZ AGUIRRE promoviese contra NOHEMY RÍOS DE RODRÍGUEZ y la **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P.**

## II. ANTECEDENTES

### 1. HECHOS

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, a partir del 04 de agosto de 2011, junto con los correspondientes intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta, que su compañero permanente, Ángel María Pérez Ángel falleció el 04 de agosto de 2011; que sostuvo con él una relación por más de 30 años, procreando dos hijas; y que es una persona de la tercera edad que sufre de padecimientos, puesto que tiene un diagnóstico de tumor maligno en el endometrio.

## 2. ACTUACIÓN PROCESAL.

Notificada las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

La **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P** (fls. 74 a 80), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las que denominó inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, prescripción, sobre la indexación, no pago de los intereses moratorios, imposibilidad de condena en costas, y la genérica.

Expuso que, existe controversia frente a la convivencia de la actora con el causante al obrar petición de otra presunta beneficiaria, Nohemy Ríos de Rodríguez, por lo que, hasta que la justicia ordinaria no dirima la controversia entre ellas, no es dable acceder al reconocimiento de la prestación.

Por su parte, la señora **Nohemy Ríos de Rodríguez** contestó a través de Curador *Ad Litem* (fls. 103 y 104), quien indicó que los hechos de la demanda deben probarse pues no conoce si pueden ser o no ciertos.

## 3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El ***A quo*** dictó sentencia absolutoria.

En síntesis, refirió que, está acreditado que la accionante cuenta con más de 30 años de edad.

Explicó que, del estudio íntegro de la prueba documental con la testimonial, no se logra determinar que la accionante tuvo una relación de vida común con el causante hasta su fallecimiento, dado que, el mismo señor Ángel María Pérez Ángel en 2009 informó ante Notario que, vivía en la ciudad de Cali y que no convivía con la actora desde hacía un año, declaración que no resulta conteste con los testigos, quienes fundaron su dicho en que el difunto se desplazó a la ciudad de Cali en días anteriores a la defunción del exánime.

Finalmente dijo que, según criterio de la Corte Suprema de Justicia si bien la ruptura de la convivencia puede ser ocasionada por razones de caso fortuito o fuerza mayor, debiéndose evaluar en todos los casos sus condiciones particulares, en el asunto no se logró acreditar con quién convivió el accionante los últimos años anteriores a su fallecimiento.

## 4. APELACIÓN

Expuso que quedó plenamente demostrada la existencia de una relación amorosa entre la demandante y el causante, la que tuvo vocación de permanencia según los testigos que comparecieron a juicio, quienes pudieron percatarse por ser amigas y vecinas de la actora, dando cuenta que fue la relación de pareja de ella con el señor Ángel Pérez fue constante, que los veían como unos verdaderos esposos, que estuvieron juntos hasta el final de los días del finado, que tuvieron hijos, y que la razón por la que la accionante no pudo acompañarlo al momento de su fallecimiento era su delicado estado de salud.

Agregó que los testigos dieron sus versiones de manera clara, precisa y sin dubitaciones, por lo que, de su estudio en conjunto con la prueba documental, se puede determinar que estuvieron juntos hasta el fallecimiento del señor Ángel Pérez, y que, si no pudieron convivir en los últimos días anteriores su fallecimiento, fue por razones de caso fortuito o fuerza mayor, y porque éste tenía un familiar en la ciudad de Cali, lo que no va en desmedro de la convivencia acreditada, según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

## 5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 13 de octubre de 2020, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la apoderada de la parte actora, quien utilizó la oportunidad procesal para refirmar los argumentos de apelación de la sentencia de primera instancia.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es UGPP, se verificarán las condenas impuestas.

## III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si se acreditaron los requisitos necesarios para declarar que la señora Lucy Miryam Rodríguez en calidad de compañera permanente del causante es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional causada con ocasión del fallecimiento del pensionado Ángel María Perez Ángel.

**Pensión de sobrevivientes**

Al punto, es menester recordar que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias del 02 de marzo de 2007, 29 de noviembre de 2011, 21 de marzo de 2012 y 30 de enero de 2013, Rads. 27593, 40.055, 43.572 y 41024, respectivamente, así como más recientemente en la SL4261-2020.

Por lo anterior, la norma que gobierna el asunto bajo estudio es el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que indica:

> "Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:
>
> a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;"

Al respecto, es necesario precisar que en sentencia SL1730-2020, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, rectificó su jurisprudencia, en el sentido de establecer cuál era el verdadero alcance del régimen de convivencia de cinco años, señalando que, sólo se fija para el caso de los pensionados, de manera que para los afiliados, *"no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado,*

*que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia".*

**EL CASO CONCRETO**

**De lo probado en el proceso**

i) Ángel María Pérez Ángel falleció el 04 de agosto de 2011, tal y como da cuenta el registro civil de defunción obrante a folio 10.
ii) El causante era pensionado, ya que le fue reconocida pensión de jubilación por parte de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones-CAPRECOM, según Resolución 01178 de 1975, documental que obra a folios 7 a 9.
iii) La señora Lucy Myriam Rodríguez Aguirre nació el 21 de abril de 1949 según cédula de ciudadanía y registro civil obrantes a folios 4, 5 y 58, por lo que, al momento del fallecimiento del señor Ángel María Pérez Ángel (04 de agosto de 2011), tenía más de 30 años.
iv) Lucy Myriam Rodríguez Aguirre y Ángel María Pérez Ángel procrearon dos hijas, María Claudia y Andrea del Pilar Pérez Rodríguez, quienes nacieron el 03 de agosto de 1973 y el 28 de abril de 1978, respectivamente, tal y como da cuenta los registros civiles de nacimiento obrantes a folios 11 y 12.
v) El 30 de agosto de 2012 la actora solicitó pensión de sobrevivientes, siendo esta negada a través de la Resolución 002434 de 2012 por parte de Caprecom, (fls. 19 a 24); acto administrativo frente al que se interpusieron los recursos de reposición y de apelación, siendo confirmada la decisión primigenia, a través de las Resoluciones 1206 y 2434 según da cuenta la Resolución RDP 043674 de 2015 (fls. 28 a 30).
vi) El 14 de julio de 2015 se elevó nueva reclamación pensional por parte de la accionante, no obstante, fue negada la prestación mediante Resolución RDP 043674 de 2015 (fls. 28 a 30).

En el *sub lite*, obra a folios 7 a 9 la Resolución 01178 de 1975 en la que consta que, al causante le fue reconocida pensión de jubilación por parte de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones-CAPRECOM, por lo que se procede a verificar si la accionante acreditó cinco años de convivencia con él, los que por demás deben ser acreditados dentro de los últimos años anteriores al fallecimiento, recuérdese que sólo a a favor del cónyuge separado de hecho pero con vínculo matrimonial vigente, se acepta como excepción que el lapso de los cinco años de convivencia pueda ser en cualquier tiempo, según lo dicho por la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral, en sentencias como la del

29 de noviembre de 2011, 15 de abril de 2015, y 18 de mayo de 2016, Rads. 40055, 45818, y 45098, respectivamente.

En cuanto a la convivencia, la H. Corte ha explicado que, se presenta entre los miembros de una pareja cuando existe un *"acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia"* (sentencia del 05 de mayo de 2005, rad. 22560 reiterada en la SL605-2021).

En igual sentido, la H. Corte Constitucional en sentencia C-521-2007, sostuvo que la convivencia es *"aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos".*

Es así entonces, como según la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia para efectos de determinar la convivencia y en específico para deprecar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente, acorde con lo dispuesto en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, siendo necesario acreditar la existencia de un vínculo de comunidad de pareja con vocación de permanencia real, efectiva y vigente al momento del óbito del pensionado **(CSJ SL4606 -2020)**.

Así las cosas, la Sala se remite a la prueba arrimada al proceso, deteniéndose en las declaraciones extraprocesales de los señores Carlos Julio Montero, José Ismael Méndez Páez, y María Affra Morales de Ordoñez, obrantes a folios 13 a 15 del plenario, en las que se pone de presente que el causante y la demandante tuvieron una convivencia permanente e ininterrumpida por el término de 37 años aproximadamente, extendiéndose hasta el fallecimiento del finado.

Por otra parte, al *sub examine* compareció a ratificar su declaración extraprocesal María Affra Morales de Ordoñez, sin embargo, en el análisis se encuentra que incurrió en sendas contradicciones al ratificar su testimonio, pues este no guarda coincidencia o coherencia con su declaración extraprocesal, ni con el dicho de otros testigos. Lo anterior, como quiera que, manifestó que: i) Conoció a la pareja constituida por el causante y la actora en 1985, empero, en la exposición extra juicio informó que le constaba la convivencia desde 1973; ii) El exánime era compañero de trabajo de su esposo, Leonardo José Ordoñez Morales, empero este

manifestó en su testimonio que lo conoció en su calidad de vecino y que no laboraron juntos; y iii) manifestó que e causante ocasionalmente viajaba a la ciudad de Cali, empero Gloria Énoe López Gómez informó que sus viajes eran constantes.

En igual sentido, los testigos Gloria Enoe López Gómez y Leonardo José Ordoñez Morales manifestaron que la actora y el causante tuvieron una convivencia permanente en Fusagasugá -lugar donde presuntamente convivió con la actora durante 37 años-, sin embargo, ninguno de los testigos en mención vivía en Fusagasugá al momento del deceso del señor Ángel María Pérez Ángel, tal como indicaron en sus respectivos testimonios. Además, Gloria Enoe López Gómez indicó que, durante el tiempo que vivió en Pereira únicamente se encontró a la accionante dos veces, por lo que, no se puede establecer que tuviera un conocimiento directo de la convivencia durante los últimos cinco años anteriores al fallecimiento del señor Ángel María Pérez Ángel; y Leonardo José Ordoñez Morales y María Affra Morales de Ordoñez señalaron que, la accionante se fue a vivir a Cartago en octubre de 2017 o 2018, empero ninguno puso de presente si estaba o no en compañía del causante.

Las anteriores declaraciones se estudiaron de conformidad con el artículo 61 del C.P.T y de la S.S, esto es, según el principio de la libre formación del convencimiento, sobre el cual se ha indicado, entre otras, en las providencias CSJ SL18578-2016, reiterada en la CSJ SL4514-2017, lo siguiente:

> "Al respecto, resulta pertinente traer a colación lo afirmado en sentencia de 27 de abril de 1977, inédita, que fue ratificado por la Sala, entre otras, en sentencia de 5 de noviembre de 1998 (Radicación 11.111).
> "El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo".

Por lo dicho, y ante tal panorama, considera la Sala que no es dable darles el alcance que persigue la apoderada de la parte actora a las declaraciones extraprocesales allegadas así como a los testimonios rendidos en juicio, más aún si se tiene en cuenta que, en el medio óptico de folio 83 obra declaración extraprocesal del señor Ángel María Pérez Ángel con fecha 09 de febrero de 2009, en la que expresó que su domicilio era en la ciudad de Cali, señalando expresamente que:

> "Manifiesto que deje de convivir desde hace un año, en unión libre con Lucy Myriam Rodríguez Aguirre, portadora de la C.C. # 20.696.471, y por tal razón deseo desvincularla como mi compañera permanente, como beneficiaria de la pensión (sustitución pensional), en Caprecom y en todos los documentos que figure como mi compañera, ya que actualmente no convivimos juntos. ----- eso es todo".

En igual sentido, en el medio óptico de folio 83 obra otra declaración extrajuicio del 23 de febrero de 2008 rendida por el causante y la señora Noemy Ríos de Rodríguez, en la que informan:

> "que desde el día 23 de febrero del año 2008 convivimos juntos sin estar casados bajo el mismo techo en unión marital de hecho, compartiendo mesa, lecho y techo, conviviendo de manera permanente y sin interrupción alguna hasta la fecha. Declaramos que de nuestra unión no existen hijos. Igualmente, declaro que yo ANGEL MARÍA PEREZ ANGEL, soy pensionado y con el producto de mi pensión velo por la manutención y sostenimiento económico de mi compañera permanente, quién depende en todo sentido económicamente de mí, proporcionándole lo necesario para subsistir como alimentación, vivienda, vestuario, medicina, e.t.c, ya que ella, no labora en ninguna entidad privada o pública ni como independiente, por lo tanto no tiene ingresos por ningún concepto; se dedica a las labores y cuidado del hogar. Finalmente, declaro que no tengo hijos menores reconocidos o por reconocer ni adoptivos ni en proceso de adopción, ni tengo otra unión marital de hecho, ni tengo vínculo matrimonial por ningún rito con nadie, por lo tanto en caso de mi fallecimiento la única beneficiaria con derecho a reclamar mi pensión es mi compañera permanente, la señora NOEMY RIOS DE RODRIGUEZ, a quién es mi deseo dejarle la pensión de sustitución. ESO ES TODO".

Así y de conformidad con lo expuesto, considera la Sala que, no se logró acreditar de manera fehaciente entre la actora y el causante la convivencia de cinco años por lo menos en el quinquenio previo al fallecimiento de este, exigidos por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, pues de las pruebas reseñadas no se evidencia la existencia de un vínculo vigente a dicha calenda (2011) de comunidad de pareja con vocación de permanencia real, efectiva y vigente, o en otras palabras, no se observa que entre el finado y la demandante se hubiese brindando acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, pues los testigos comparecientes no ofrecen suficiente credibilidad para determinar la pluricitada convivencia, y obra declaración extraprocesal del finado en la que expresa que, desde el año 2008 se presentó una ruptura en su relación de pareja con la accionante, separación que no se avizora fuera impuesta por la fuerza de las circunstancias, como lo es la salud de la demandante, pues el exánime es claro en informar que sólo tenía un vínculo sentimental con Noemy Ríos de Rodríguez, por demás que únicamente obra registro de la enfermedad que padecía la accionante desde abril de 2011 (fl.33).

Corolario de lo anterior, se **CONFIRMARÁ** la sentencia impugnada, por encontrarse ajustada a derecho.

## IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

## V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

**R E S U E L V E**

**PRIMERO**. – **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos, conforme las consideraciones vertidas en la parte motivan de esta decisión.

**SEGUNDO. -** Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA** **DAVID A.J. CORREA STEER**

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de $450.000 a cargo de la parte actora.

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**
**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

Alejandra María Henao Palacio.
Magistrada sustanciadora

Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 008

## I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER. y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolverlos **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados de Protección S.A y Porvenir S.A, y el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que NUBIA INÉS VACA RUIZ promoviese contra PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES.

## II. ANTECEDENTES

### 1. HECHOS

En lo que interesa para resolver la instancia, la parte actora pretende se declare la *"nulidad"* del traslado de régimen que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Porvenir S.A y Protección S.A. Como consecuencia de ello, solicita que las cosas se retrotraigan a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener entre sus afiliados a la accionante como si nunca se hubiere trasladado en virtud de su regreso automático.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta, la presunta falta de información a la demandante, de parte de las demandadas, al momento de efectuarse los correspondientes traslados.

**2. ACTUACIÓN PROCESAL.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**Colpensiones** (Fls. 75 a 73), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, y la innominada o genérica.

Expuso que dentro del expediente obran pruebas que permite concluir que el traslado de la actora se realizó de forma libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor brindó la información a la afiliada de forma clara y precisa, señalándosele las ventajas y desventajas de los dos regímenes pensionales.

Dijo que, las actuaciones de los particulares se presumen revestidas de buena fe, de manera que, al alegarse maniobras engañosas en el traslado de régimen, es a la parte quien las invoca, a quien le corresponde desvirtuar tal presunción.

Enunció que, a la accionante le faltaban menos de 10 años para cumplir el requisito de edad de la pensión de vejez en el régimen de prima media, por lo que, no podía efectuar su traslado, por demás que, se debe verificar si cumplía los requisitos de las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004, y SU-062 de 2010 para lograr su retorno, en especial si acumula 15 años de servicios al 01 de abril de 1994.

Concluye indicando que, la actora estuvo consiente de su decisión, por lo que, no se puede invocar error, fuerza o dolo, ya que, no fue obligada ni mucho menos se ejerció presión para que se trasladara de régimen. Aunado a ello, no hay prueba que de cuenta del vicio del consentimiento que se alega.

Por su parte, la **A.F.P PROTECCIÓN S.A** (fls. 107 a 117). se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, y la innominada o genérica.

Expuso que todas actuaciones efectuadas por el fondo han estado precedidas de buena fe y de legalidad, de manera que, todas las afiliaciones que se han logrado han sido de forma libre y voluntaria, siendo prueba de ello la suscripción del formulario de afiliación, el cual cumple con los parámetros establecidos en el Decreto 692 de 1994.

Explicó que, brindó una asesoría completa y comprensible a la demandante al momento de efectuar su traslado, lo que se hizo conforme a la normatividad de la época; que a los afiliados se les indican temas como la posibilidad que tienen de optar por una pensión anticipada siempre y cuando acumulen el 110% de un salario mínimo legal, la figura de la garantía de pensión mínima, la posibilidad de obtener excedentes de libre disponibilidad, el factor herencial del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual.

Agregó que, no se presentó error de hecho, en la medida que, a la accionante se le brindó toda la información que requería para efectuar su traslado de régimen; que el error de derecho no vicia el consentimiento; que la entidad jamás ha ejercido fuerza para lograr el traslado de un afiliado; y que la variación del monto de la pensión no constituye vicio del consentimiento, pues inclusive se expidió la Resolución 3099 de 2015 que influyó en las proyecciones pensionales.

Mencionó que, el deber de asesoría surgió cuando se creó el sistema de información al consumidor financiero, esto es, con la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010; que la obligación de conservar soportes documentales que den cuenta de la doble asesoría nació sólo hasta la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera; y que es deber de los consumidores financieros estudiar sus situaciones, contratos y productos que desean adquirir según la Ley 1328 de 2009.

Adujo que, la actora no hizo uso del derecho de retracto de que trata el Decreto 1161 de 1994; y que la accionante no optó por regresar al régimen de prima media dentro del año de gracia que fue otorgado por el Decreto 3800 de 2003, y que fue de público conocimiento a través del diario El Tiempo.

Finalmente señaló que, conforme al artículo 1750 del C.C para solicitar la rescisión del acto se tiene un término de cuatro años; y que la ineficacia del traslado generaría un aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, pues el accionante estaría beneficiándose de un subsidio que no tenía durante gran parte de la vida laboral.

La A.F.P. **PORVENIR S.A (fls. 177 a 193),** también se opuso a las pretensiones de la demanda proponiendo las excepciones que de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

Expuso que no se configura un objeto o causa ilícita, así como tampoco se dejó de cumplir un requisito o formalidad para que se configure una nulidad absoluta; que no obra prueba de incapacidad relativa de la

actora; que la lesión enorme es una figura aplicable a los negocios jurídicos efectuados por un comprador y un vendedor; que no se configura error de hecho dado que la demandante era consiente del acto que estaba ejecutando; que el error de derecho no vicia el consentimiento; y que no está acreditado un dolo que sea de tal injerencia que sin él no se hubiere suscrito la afiliación.

Agregó que, de existir nulidad, esta ya se encontraría saneada, por el interés de la accionante de permanecer en el RAIS; que la libertad de elección de régimen está en cabeza de la actora; que la afiliada es una persona capaz; y que la accionante no era beneficiaria del régimen de transición.

Finiquitó apuntando que, el deber de asesoría según la Superintendencia Financiera nació con el Decreto 2241 de 2010, y que solo fue hasta la expedición de los Decretos 2555 de 2010 y 2071 de 2015, y la Ley 1748 de 2015 que, las administradoras de los fondos de pensiones adquirieron en su cabeza, la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como el público en general.

## 3. SENTENCIA

El ***A quo*** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

***PRIMERO. – DECLARÉSE*** *nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la actora del entonces ISS a Porvenir S.A, mediante la suscripción del formulario N° 00727140 de 1996 con efectividad a partir del 01 de junio de 1996.*

***SEGUNDO. - DECLARÉSE*** *válidamente vinculada a la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.*

***TERCERO. - CONDENÉSE*** *a Porvenir S.A a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con los rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen, es decir, desde el 01 de junio de 1996 al 31 de diciembre de 2000, y desde el 01 de diciembre de 2007 hasta el momento en que se haga efectivo el traslado, los costos de administración deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados.*

***CUARTO. - CONDENÉSE*** *a Protección S.A a devolver a Colpensiones los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicha administradora, es decir, desde el 01 de enero de 2001 al 30 de noviembre de 2007, los cuales deberán ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados.*

***QUINTO. – ORDENÉSE*** *a Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el régimen de prima media con prestación definida*

***SEXTO. –*** ***DECLÁRENSE*** *no probadas las excepciones planteadas por las accionadas*

En síntesis, refirió que la accionante hizo sus solicitudes de cambio de régimen pensional cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir el requisito de edad en el régimen de prima media, por lo que estaba inmerso dentro de la prohibición legal de traslado.

Indicó que, el acto de traslado tuvo un objeto y causa licita, ya que, encuentra su fundamento en la Ley 100 de 1993; que la demandante tenía capacidad legal, pues era psicóloga y empleada pública según interrogatorio de parte; y que no se vio afectado el consentimiento por el error o la fuerza, pero sí por el dolo, en la medida que, el fondo privado no actuó de forma diligente, pues omitieron información importante, no informaron ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, así como características del RAIS, tales como el porcentaje que se debía tener para acceder a una pensión, que los aportes se iban acumulando en una cuenta individual, entre otras.

Explicó que, según criterio de la Corte Suprema de Justicia es necesario que se acredite el deber de información de forma clara y precisa, so pena de declarar ineficaz el acto de traslado, lo que corresponde al fondo privado; que el formulario de afiliación es insuficiente para tener por acreditado el deber de información; y que no existe prueba de la que se pueda establecer que la accionante estuviera lo adecuadamente documentada para tomar la decisión de traslado.

Advirtió que, los fondos privados debieron verificar la situación de la demandante, por lo que, sus traslados también resultan ineficaces y no se convalidan por múltiples afiliaciones.

Agregó que, se ordena los correspondientes gastos de administración en cabeza de cada uno de los fondos, que debían ser cubiertos con los recursos propios de los fondos privados.

Finalmente indicó que, no opera prescripción por cuanto se está frente a un derecho conexo a la pensión y al derecho fundamental de la seguridad social.

**4. APELACIÓN**

**PROTECCIÓN S.A.** Adujo que, no es dable que devuelva los gastos de administración con sus recursos propios debidamente indexados, ya que, administró de una manera diligente los aportes de la demandante y gracias a ello, su cuenta de ahorro individual se incrementó producto de los rendimientos.

**PORVENIR S.A.** Señaló que, para efectos de la ineficacia de traslado debe estudiarse la omisión de la demandante quien no pidió asesorías a los fondos privados ni proyecciones pensionales.

Indicó que, es necesario estudiar los múltiples traslados horizontales que presentó la demandante, más aún cuando estuvo más de 20 años en el RAIS, lo que es muestra de querer permanecer en este régimen pensional.

Dijo que, es obligación de los afiliados corroborar la información que le están suministrando, como por ejemplo que el ISS se iba a acabar, quedarse con ese dato muestra un actuar negligente y desinteresado de la afiliada; que la actora es asimilable a una consumidora financiera lo que implicaba actuar con diligencia en sus actuaciones, máxime cuando existen normas legales que dan cuenta del funcionamiento del sistema; que el ordenamiento jurídico no tenía una exigencia adicional al formulario de afiliación para la época de traslado de la demandante, por demás que, tal deber ha nacido de la jurisprudencia; y que no es razonable que las exigencias probatorias partan de normas posteriores a la afiliación de la demandante.

Finalmente expresó que, las sumas recibidas por gastos de administración tienen una destinación específica, lo que cumplió plenamente su contenido, por demás que fueron invertidas y no se encuentran en poder del fondo.

## 5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 13 de octubre de 2020, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la pasiva.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

## III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar, si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

**De la ineficacia del traslado**

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado "buen consejo" la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y

consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838),** la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

**a) Sobre el deber de información,** en la sentencia citada quedó dicho:

*"El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:*

| Etapa acumulativa | Normas que obligan a las administradoras de pensiones información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|---|---|---|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br><br>Decreto 2241 de 2010 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n. 0 016 de 2016 | Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

*1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.*

*Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

*Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.*

*Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado".*

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003 por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

**b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado,** la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

*2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado*

*Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.*

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre U voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

*Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:*

*(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

*Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.*

*Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado".*

**c) En cuanto a la carga de la prueba:** También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explícita así:

*"En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.*

*...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los*

*archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

*Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.*

**d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores**, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

*Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:*

*En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.*

*En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Corno se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.*

*Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.*

**e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos,** la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

*"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.*

*De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.*

*Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."*

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

**CASO CONCRETO.**

Se encuentra probado en el expediente que: i) la activa registra cotizaciones al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del entonces I.S.S., desde el día 04 de septiembre de 1989 (fls. 10 a 22; ii) que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP **Porvenir S.A.** el día 21 de abril de 1996 **(fl. 200)**, que posteriormente se trasladó a las AFP's **Horizonte Pensiones y Cesantías (hoy Porvenir S.A), Pensiones y Cesantías Santander (hoy Protección), y retorno a Horizonte Pensione y Cesantías** (fls. 118, y 196 a 199) y; iii) que solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el día **18 de enero de 2019 (fl.7)** pero le fue negada la posibilidad por Colpensiones (fls. 8 y 9).

A folio 200 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 21 de abril de 1996 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado*[1]

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose las distintas A.F.P, en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio, ya que, si bien la actora en su interrogatorio de parte manifestó que le fueron expuestas algunas de las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, especialmente que la posibilidad de pensionarse a una edad anterior a la establecida en el régimen de prima media e inclusive que podría tener una mesada más alta, esto es insuficiente para tener por confeso a la demandante y en consecuencia considerar que se acreditó el deber de información, dado que no se encuentra que se le hubiera explicado la forma como podría acceder a tales beneficios ni mucho menos las desventajas que le acarrearía trasladarse de régimen.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

**En cuanto a que la demandante debía conocer la ley** o en otras palabras que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, dicho principio del derecho no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia de la actora al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular.

[1] SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

*"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

*Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*

*Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.*

*La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.*

*Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."*

Por las razones anteriormente expuestas la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo, por lo que la CONFIRMARÁ, aunque conforme lo que se acaba de indicar es desacertado hablar de nulidad del traslado, motivo

por el que se hace necesario **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de declarar **la ineficacia del traslado.**

Frente a la inconformidad de las demandadas apelantes respecto de la orden de devolución de cuotas o gastos de administración que ordenó efectuar el A Quo, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

*"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los gastos de administración que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. En igual sentido, la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

*"De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones".*

De esta manera, es claro que la declaratoria de ineficacia de traslado genera a cargo de todas las entidades involucradas el deber de reintegrar los correspondientes valores que percibieron como cuotas de administración y comisiones, por lo que, en tal sentido se considera acertada la decisión del Juez de Primera Instancia.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

## IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

## V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

**R E S U E L V E**

**PRIMERO. – MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de establecer que se declara únicamente la ineficacia del traslado de régimen pensional que hizo Nubia Inés Vaca Ruiz del entonces Instituto de Seguros Sociales a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

**SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

**TERCERO. – SIN COSTAS** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**DAVID A.J. CORREA STEER**
Aclara Voto

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**
**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada Sustanciadora

Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 008

## I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de Porvenir S.A, así como se estudia en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de agosto de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que HUMBERTO PIMENTEL PIMENTEL promoviese contra PORVENIR S.A y COLPENSIONES.

## II. ANTECEDENTES

### 1. HECHOS

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende se declare la *"nulidad"* del traslado de régimen que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Porvenir S.A. Como consecuencia de ello, solicita que Porvenir S.A traslade todos los aportes que hubiere recibido como producto de la afiliación junto con sus rendimientos; y que Colpensiones acepte y reciba los aportes del actor, así como active su afiliación.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta, la presunta falta de información a la demandante, de parte de la AFP Porvenir S.A, al momento de efectuarse el correspondiente traslado.

## 2. ACTUACIÓN PROCESAL.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**Colpensiones** (fls. 61 a 84), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe, y la innominada o genérica.

Adujo que, del escrito de demanda se colige que la parte actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo que demuestra que, el afiliado era consciente de lo que estaba firmando a través del formulario de afiliación y que su elección fue libre, espontánea y sin presiones.

Dijo que, que las únicas personas que pueden retornar a Colpensiones cuando quedan inmersas en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003, esto es, que no pueden cambiar de régimen las personas que le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, son aquellas que sean beneficiarias del régimen de transición y acumulen 15 años de servicios al 01 de abril de 1994, según sentencias C-1024 de 2004, SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013.

Explicó que, cualquier declaración de nulidad estaría actualmente prescrita conforme a lo dispuesto en el artículo 1750 del C.C, que establece un plazo para pedir la rescisión del contrato de cuatro años.

Adujo que, el error en el presente asunto no se presenta, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre el accionante y Porvenir S.A, dado que no es un error dirimente o esencial; que no se observa que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para que se tenga como valido el contrato; que el error de derecho no vicia el consentimiento; que cualquier nulidad fue saneada, dado que, se han ejecutado actos de manera voluntaria por parte del demandante, tales como consentir que se le hagan los correspondientes descuentos respectivos con destino a su cuenta de ahorro individual, lo que ratifica su consentimiento; y que el presunto engaño del que fue víctima el accionante, en todo caso, le correspondería acreditarlo a la parte actora.

Señaló que, en las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, en las que se ha declarado la ineficacia de traslado, se estudiaron casos de personas en donde su traslado resultaban sumamente gravoso, por cuanto eran beneficiarios del régimen de transición o estaban cercanos a

obtener su pensión al momento de efectuar su traslado, situación que no acaece en el *sub lite.*

Concluyó indicando que, la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado afectaba gravemente el principio de la sostenibilidad financiera.

Por su parte, **Porvenir S.A** (fls. 121 a 147), de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y la genérica. Expuso que, la afiliación de la demandante con Porvenir S.A fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal y como se aprecia en la solicitud de traslado N° 01315119, por demás que, al firmar formulario de afiliación expresó que era consciente de las implicaciones y efectos de su cambio de régimen, de manera que, su consentimiento fue informado.

Dijo que, han pasado 20 años desde el traslado del accionante, sin que este hubiera manifestado inconformidad alguna, haciéndolo sólo hasta el 2019 y luego de haber sido informado de la improcedencia de su cambio de régimen.

Agregó que, el accionante no es beneficiario del régimen de transición;

Señaló que, resulta forzoso para la parte actora demostrar que el acto jurídico de traslado tiene un objeto o una causa ilícita, o que el afiliado era un incapaz absoluto para considerar que operó una nulidad absoluta; que de existir alguna nulidad relativa, esta fue objeto de ratificación, pues la construcción de la prestación pensional opera de tracto sucesivo mediante el pago de aportes mensuales, que en el caso fueron durante 20 años, en los que por demás el accionante contó con amplios términos para solicitar un nuevo cambio pensional; y que de existir algún vicio en el consentimiento, sería el error, empero este sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento.

Apuntó que, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 señala que la afiliación quedará sin efecto cuando medien actos atentatorios contra el derecho de afiliación, lo que implica que deben existir actos dolosos, no obstante, estos no se acreditan ni se alegan en la demanda.

Explicó que, siempre se les ha garantizado a los afiliados el derecho de retracto, según las previsiones del Decreto 1161 de 1994; que con la declaratoria de la nulidad se desconoce el principio de autonomía de la voluntad privada del demandante, así como el derecho de disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares; y que el demandante no tenía derechos consolidados para el momento de su afiliación al RAIS.

Finalmente, manifestó que el término para incoar la acción para solicitar la rescisión del contrato conforme al artículo 1741 del C.C, es de cuatro años.

## 3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La ***A quo*** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

> ***PRIMERO. – DECLARAR*** *la nulidad del traslado de régimen realizado por el actor del* régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo al demandante válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiera trasladado de régimen.
>
> **SEGUNDO. - CONDENAR** a Porvenir S.A a trasladar a Colpensiones la totalidad de las aportes realizados por el demandante junto con sus rendimientos e intereses, sin que sea posible descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, seguros, entre otros.
>
> **TERCERO. - CONDENAR** a Colpensiones a recibir al demandante en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiere trasladado de régimen.

Como fundamento de su decisión refirió, en síntesis, que es obligación de los promotores de los fondos privados brindar información suficiente veraz, clara y transparente acerca de las características de los regímenes pensionales del futuro afiliado.

Dijo que, según criterio de la Corte Suprema de Justicia que el deber de información inclusive desde la expedición de la Ley 100 de 1993; que el simple consentimiento vertido en un formulario de afiliación es insuficiente para tener por acreditado el deber de información; y que la carga de la prueba recae en cabeza del fondo privado cuando se invoca por parte del afiliado que no se brindó suficiente información para llevar a cabo su traslado.

Advirtió que, de la documental no se puede inferir que Porvenir S.A cumplió con su deber de información, pues únicamente obra el formulario de afiliación; y que, del interrogatorio de parte, el demandante no da cuenta de una asesoría clara, transparente y comprensible.

Finalmente agregó que, Porvenir S.A debe trasladar la totalidad de sumas recibidas como consecuencia de la afiliación del demandante, sin que pueda descontar gastos de administración, seguros, los que deben ser trasladadas junto con los aportes y rendimientos; y que Colpensiones debe recibir al accionante con sus correspondientes aportes.

## 4. APELACIÓN DE LA SENTENCIA

**Porvenir S.A.,** señaló que la información que se brindó a la accionante fue totalmente clara y comprensible a la luz de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

Explicó, que no se presentó vicio del consentimiento pues el demandante adujo que firmó el formulario de afiliación sin haber sido presionado, si hubo algún error este no vicia el consentimiento por tratarse de uno de derecho, y fue saneado por ratificación, al estar el demandante afiliado durante 20 años sin manifestar inconformidad.

Agregó que, el demandante está sometido a una prohibición legal de la 797 de 2003, norma que fue declarada inexequible a través de la sentencia C-1024 de 2004.

Resaltó que cumplió con su carga probatoria pues arrimó todos los documentos para acreditar el deber de información, por demás que, para la época del traslado, se suministraban todos los datos en una entrevista verbal con el afiliado, sin que sea posible imponerle cargas que le sean imposible de cumplir, como por ejemplo llamar al asesor, pues se desconoce su ubicación. Así mismo afirmó que, el desconocimiento de la ley no eximia al demandante, no le servía de excusa, más aún cuando tuvo el acompañamiento de un asesor para firmar el formulario de afiliación, documento que no fue tachado de falso y se presume auténtico; que el demandante debe informarse, leer los términos de los formularios de afiliación o acudir al fondo a solicitar asesorías, pues un actuar contrario pudo evitar el escenario que está afrontando el demandante frente a su situación pensional.

Finalmente agregó que, se debe revocar la devolución de los gastos de administración pues estos no hacen parte integrante de la pensión, no son del afiliado, y están sometidos al fenómeno prescriptivo; y que la Superintendencia Financiera no indica que tal rubro debe ser objeto de reembolso, así como tampoco el seguro previsional, pues ello generaría un enriquecimiento sin causa.

## 5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 13 de octubre de 2020, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala

adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

## III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

### De la ineficacia del traslado

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado "buen consejo" la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838),** la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

**a) Sobre el deber de información,** en la sentencia citada quedó dicho:

*"El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:*

| Etapa acumulativa | Normas que obligan a las administradoras de pensiones información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|---|---|---|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información, | Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los |

| | | |
|---|---|---|
| asesoría y buen consejo | Decreto 2241 de 2010 | pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n. 0 016 de 2016 | Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

*1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.*
*Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

*Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.*

*Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado".*

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003 por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

**b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado,** la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

> *2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado*
>
> *Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre U voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*
>
> *Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.*
>
> *Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado".*

**c) En cuanto a la carga de la prueba:** También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explícita así:

> *"En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se*

*suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.*

*...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

*Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.*

**d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos,** la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

*"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.*

*De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.*

*Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."*

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más

apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En cuanto a que **la demandante debía conocer la ley** o en otras palabras que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, dicho principio del derecho no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia de la actora al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular.

**EL CASO CONCRETO**

Se encuentra probado en el expediente que: i) la activa se registra cotizaciones al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del entonces I.S.S., desde el día **01 de septiembre de 1980** (fls.38 y 39); ii) que el 16 de febrero de 2000 el demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A (fl. 149) y; iii) que solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el día **16 de julio de 2019 (fls. 26 y 30)** pero le fue negada la posibilidad por las demandadas (fls. 27, 28, 31 y 32).

A folio 149 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 16 de febrero de 2000 con la AFP Porvenir S.A, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado*[1]

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que, para acreditar el cumplimiento del deber de información, la AFP PORVENIR S.A. tenía la libertad de usar cualquier

[1] SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

medio probatorios de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio, ya que, pues si bien la actora en su interrogatorio de parte manifestó que el asesor de Horizonte Pensiones y Cesantías le comentó sobre algunas de las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, especialmente que la posibilidad de que tuviera una mejor pensión, esto es insuficiente para tener por confeso al demandante y en consecuencia considerar que se acreditó el deber de información, dado que no se encuentra que se le hubiera explicado la forma como podría acceder a tal beneficio ni mucho menos las desventajas que le acarrearía trasladarse de régimen.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, señaló:

*"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

*Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*

*Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las*

*personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.*

*La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.*

*Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."*

Es por ello por lo que, no resulta acertada la decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la nulidad de traslado, pues lo correcto debió ser declarar su ineficacia; en razón de ello, se **MODIFICARÁ el numeral primero** de la sentencia.

Frente a la inconformidad de la AFP Porvenir S.A respecto de la orden de devolución de cuotas o gastos de administración que ordenó efectuar el A Quo, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

*"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por*

*pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los gastos de administración que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. En igual sentido, la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

*"De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones".*

De esta manera, es claro que la declaratoria de ineficacia de traslado genera a cargo de todas las entidades involucradas el deber de reintegrar los correspondientes valores que percibieron como cuotas de administración y comisiones, por lo que, en tal sentido se considera acertada la decisión del Juez de Primera Instancia.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

## IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

## V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**,

**R E S U E L V E**

**PRIMERO**. – **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de establecer que se DECLARA **la ineficacia** del traslado de régimen realizado por Humberto Pimentel Pimentel del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad.

**SEGUNDO.** – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

**TERCERO.** – **SIN COSTAS** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**DAVID A.J. CORREA STEER**
Aclaro Voto!

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**
**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**Magistrada Sustanciadora**

Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 008

## I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de agosto de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que CRISTINA MANCERA TRUJILLO promoviese contra COLPENSIONES.

## II. ANTECEDENTES

### 1. HECHOS

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, a partir del 26 de diciembre de 2015, junto con los correspondientes intereses de mora, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta, que su compañero permanente, Alfonso Franco Ruiz falleció el 25 de diciembre de 2015; que sostuvo con él una relación por más de 10 años; y que solicitó la pensión de sobrevivencia, pero que le fue negada por la pasiva argumentando que mediante Resolución GNR 109506 de 2016 se reconoció pensión a favor de Jovany Franco Ruiz, hijo mayor y extramatrimonial de Alfonso Franco Ruiz, y dado que se había surtido edicto emplazatorio sin que nadie más acudiera a efectos de que se realizara el reconocimiento prestacional.

**2. ACTUACIÓN PROCESAL.**

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

**Colpensiones** (fls. 58 a 67), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó buena fe de Colpensiones, compensación, prescripción, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho demandado, inexistencia de intereses moratorios e indexación y la innominada o genérica.

Expuso que, pese a la publicación de un edicto emplazatorio por el término de un mes, únicamente compareció Franco Ruiz Jovany Alfonso, hijo del causante, de manera que, no se presentan nuevos beneficiarios.

Finalmente expresó que, se debe cumplir el requisito de convivencia de por lo menos los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante.

En audiencia del 20 de septiembre de 2018, el juez A Quo, vinculó en calidad de litisconsorte necesario a **GIOVANNI FRANCO RUIZ**, el cual fue representado a través de Curador *Ad Litem* (114 a 125), quien manifestó que el único que acreditó la calidad de hijo y estudiante fue el señor Franco Ruiz.

Señaló que la accionante debe acreditar una convivencia por un lapso no inferior a cinco años, teniéndose en cuenta, en todo caso, sus particularidades, pues pueden existir eventos en que los compañeros no cohabiten bajo un mismo techo con ocasión a circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares.

Adujo que, la convivencia es un requisito exigible tanto para la hipótesis de la muerte del afiliado como del pensionado, siendo exigible en ambos casos un tiempo mínimo de cinco años de convivencia, tanto para compañeras permanentes como para cónyuges, aunque para ésta última puede ser en cualquier tiempo y no dentro de los últimos cinco años anteriores al fallecimiento del causante.

A su vez, propuso las excepciones que denominó prescripción, falta e inexistencia del derecho, e inexistencia de requisitos para reclamar.

**3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El ***A quo*** dictó sentencia absolutoria.

Para fundamentar su decisión trajo a colación las normas y fundamentos jurisprudenciales que estimó aplicables al caso para concluir, en síntesis, que, de las pruebas arrimadas al proceso, esto es, las declaraciones extrajuicio, de los testimonios, y del interrogatorio de parte, se

logra extraer que la convivencia entre la demandante y el causante lo fue desde el 06 de abril de 2011 hasta el 25 de diciembre de 2015, tiempo insuficiente para que como compañera permanente acceda al beneficio prestacional por cuanto no acreditó el tiempo mínimo de convivencia de cinco años anteriores al fallecimiento del causante.

**4. APELACIÓN**

La apoderada judicial de la activa expuso frente a la sentencia del a quo: *"me permito interponer recurso de apelación y el cual sustento con toda la documentación y con todo lo que aparece dentro del expediente"*.

**5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 13 de octubre de 2020, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la actora y Colpensiones en los que básicamente se ratificaron en los argumentos de sus aspiraciones litigiosas.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

## III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si la demandante logró acreditar el requisito de convivencia para beneficiarse de la pensión de sobrevivientes, en calidad de compañera permanente supérstite de Alfonso Franco Ruiz.

**De la pensión de sobrevivientes**

Al punto, es menester recordar que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes es la vigente a la fecha en la

que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así lo ha estimado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias del 02 de marzo de 2007, 29 de noviembre de 2011, 21 de marzo de 2012 y 30 de enero de 2013, Rads. 27593, 40.055, 43.572 y 41024, respectivamente, así como más recientemente en la SL4261-2020.

Por lo anterior, atendiendo a la fecha del deceso del causante -25 de diciembre de 2015-, la norma que gobierna el asunto bajo estudio es el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que indica:

> "Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:
>
> a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;"

En cuanto a la convivencia, la H. Corte ha explicado que, se presenta entre los miembros de una pareja cuando existe un *"acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia"* (sentencia del 05 de mayo de 2005, rad. 22560 reiterada en la SL605-2021).

En igual sentido, la H. Corte Constitucional en sentencia C-521-2007, sostuvo que la convivencia es *"aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos"*.

Es así entonces, como según la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia para efectos de determinar la convivencia y en específico para definir quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente, acorde con lo dispuesto en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, siendo necesario acreditar la existencia de un vínculo de comunidad de pareja con vocación de permanencia real, efectiva y vigente al momento del óbito del asegurado (CSJ SL4606 -2020).

Adicionalmente en relación al asunto relativo a la convivencia efectiva, resulta necesario precisar que en sentencia **SL1730-2020**, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia rectificó su jurisprudencia, en el sentido de establecer cuál era el verdadero alcance del régimen de convivencia de cinco años, señalando que, sólo se fija para el caso de los pensionados, de manera que para los afiliados, *"no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia".*

**EL CASO COCRETO**

**De lo probado en el proceso**

i) Alfonso Franco Ruiz falleció el 25 de diciembre de 2015, tal y como da cuenta el registro civil de defunción obrante a folio 15.
ii) El causante era pensionado, ya que, le fue reconocida pensión de vejez por parte del Instituto de Seguros Sociales, según Resolución 15553 de 2003, documental que obra en el medio óptico de folio 148.

Conforme los asuntos que no son objeto de controversia en el proceso, como que el causante ostentaba la calidad de pensionado ante el Sistema General de Pensiones, lo que le correspondía acreditar a la demandante, de acuerdo con las normas y jurisprudencia aplicable al asunto, es una convivencia de por lo menos 5 años inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento del pensionado, por lo que procede la Sala a verificar si se da este supuesto fáctico indispensable, advirtiendo además que sólo a favor del cónyuge separado de hecho, pero con vínculo matrimonial vigente, la jurisprudencia nacional ha aceptado como excepción, que el lapso de los cinco años de convivencia pueda ser en cualquier tiempo, según lo dicho por la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral, en sentencias como la del 29 de noviembre de 2011, 15 de abril de 2015, y 18 de mayo de 2016, Rads. 40055, 45818, y 45098, respectivamente.

Pues bien. En el análisis de la prueba arrimada al plenario, la Sala se remite al medio óptico visible a folio 148, en el que figuran declaraciones extraprocesales de Blanca María Vizcaíno Castro y William Ernesto Pulido Amaya, en las que los declarantes señalan que la accionante y el causante vivieron en unión libre de forma permanente e ininterrumpida desde abril

de 2011 hasta el 25 de diciembre de 2015 cuando el señor Alfonso Franco Ruiz falleció; periodo que suma un total de 4 años, 8 meses, y 25 días.

Por su parte, en testimonio, William Pulido Amaya señaló que tenía conocimiento de que Alfonso Franco y Cristina Mancera tenían una relación de pareja que perduró aproximadamente 10 años, que los veía cuando los visitaba en Bogotá y en la finca, y que asistió a diferentes reuniones con ellos. No obstante, el testigo Luis Alfonso Franco Cerón si bien manifestó que se enteró de la relación de la actora y del causante entre los años 2004 y 2006, informó que su relación no era pública, que el señor Franco se veía con ella en la finca, y en sus términos, que era como un noviazgo; y el testigo Steven Franco Castro expuso que conocía que la actora tuvo una relación sentimental con el causante, empero que lo fue desde 2011, pues fue por esa época que la demandante se fue a vivir a la casa de Fontibón en Bogotá.

Finalmente, del interrogatorio de parte practicado a la demandante Cristina Mancera Trujillo, se extrae de sus dichos que, tuvo una relación sentimental con el demandante desde 2005-2006 hasta el 2015, empero que, sólo en los últimos cuatro años convivieron de forma ininterrumpida, siendo estos de lecho y techo, dado que Alfonso Franco Ruiz era casado y sólo convivió con él cuando su esposa falleció en 2011.

Pues bien, evaluado en conjunto el material probatorio, la Sala estima que le asistió razón al A Quo al negar la prosperidad de las pretensiones., pues en realidad del caudal probatorio arrimado a las diligencias se logra concluir que no hubo convivencia por el tiempo mínimo de cinco años previos al deceso del pensionado, tal como lo dispone el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, pues de las pruebas reseñadas no se evidencia la existencia de un vínculo de comunidad de pareja con vocación de permanencia real, efectiva y vigente durante tal lapso; dicho en otras palabras, no se observa que entre el causante y la demandante se hubiese brindando acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, sino por lo menos **desde abril de 2011**, fecha del deceso de la cónyuge del causante, calenda a partir de la cual se acreditó en el proceso que establecieron vida marital o convivencia con el ánimo de constituir familia, pues antes del referido insuceso, no se avizora una relación sentimental que se fundara en la conformación de un núcleo familiar. En efecto, nótese cómo de las declaraciones de Steven Franco Castro, Blanca María Vizcaíno Castro y William Ernesto Pulido Amaya sólo se puede extraer que hubo una convivencia real, efectiva y vigente desde la fecha aludida, y el testigo Luis Alfonso Franco Cerón describe su relación antes de tal data, como un mero noviazgo. Inclusive, si se repara en el interrogatorio de parte rendido por la activa se encuentra que el verdadero ánimo de convivencia de la pareja, como compañeros permanentes sólo acontece luego del fallecimiento de la cónyuge del causante, luego entonces no se dan los presupuestos para reconocer la prestación.

Sobre el particular, se advierte que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 27 de junio de 2010, rad. 38113, e igualmente su Sala de descongestión, en sentencia SL2090-2020, indicó lo siguiente:

> "La jurisprudencia parte de la premisa de que la vida en común bajo un mismo techo es la expresión ordinaria y común del deseo de conformar una familia; y no desconoce, sino que reafirma ese supuesto, si admite que en circunstancias excepcionales se justifica la convivencia sin que concurra la vida en el hogar común; y se desvirtúa íntegramente, si de la misma se infiere que esa vida en común es prescindible y que puede ser reemplazada por proyectos de vida separados y paralelos.
>
> La justificación de la no vida en común vale frente a un núcleo familiar conformado, pero no se pueden invertir los términos, como lo hace el Tribunal, de hacer de las circunstancias justificantes de la singular forma de convivencia con techos separados, la prueba de la existencia de una familia auténticamente conformada.
>
> Al juez no le compete sustituir a los miembros de la pareja dándoles la intención de ser una familia que ellos mismos se negaron a constituir; los noviazgos permanentes donde no hay un compromiso de constituir un proyecto de vida común no constituyen familia".

Con base en lo expuesto a lo largo de esta decisión, la Sala encuentra ajustado a derecho el fallo venido en apelación, razón por la que se CONFIRMARÁ en su integridad.

## IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

## V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

**R E S U E L V E**

**PRIMERO. – CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO. -** Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA** **DAVID A.J. CORREA STEER**

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de $450.000 a cargo de la parte actora.

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**
**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**
Magistrada Sustanciadora.

Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 008

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER** y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la apoderada de Colfondos S.A **contra la sentencia** proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que CLARA LUCIA AMAYA MONJE promoviese contra COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.

## I. ANTECEDENTES

### 1. HECHOS

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende que las demandadas tramiten y liquiden el cálculo actuarial por la falta de afiliación al sistema pensional por el periodo comprendido entre el 01 de agosto de 1980 hasta el 31 de diciembre de 1984.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta, en síntesis, la falta de afiliación y pago de aportes por parte de la sociedad SOCOIN LTDA en Liquidación, a favor de la demandante, cuando ésta se encontraba afiliada a Colpensiones. Igualmente, en el traslado que realizó la accionante el 01 de abril de 1996 a Colfondos S.A.

## 2. ACTUACIÓN PROCESAL.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**Colfondos S.A Pensiones y Cesantías**, (fls. 80 a 95), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, precripción, cumplimiento de una orden judicial, y la innominada o genérica.

Expuso que, para la época en que se omitió el pago de aportes a favor de la accionante, ella estaba afiliada al ISS.

Indicó que, es deber del empleador realizar el cálculo y del fondo de hacer el acompañamiento, para lo que pone a su disposición su red de recaudo a fin de que dichos recursos ingresen a la cuenta individual de la afiliada como un aporte voluntario.

Señaló que la sociedad **SOCOIN LTDA.**, jamás ha reportado una novedad de ingreso de la actora como su trabajadora; y que era material y jurídicamente imposible realizar el cobro de aportes, pues sólo hasta el 01 de abril de 1996, la actora se afilió al fondo.

**COLPENSIONES** (fls. 113 a 120), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación a cargo de Colpensiones, cobro de lo no debido, y la innominada o genérica.

Expuso que, si bien es cierto el demandante se encontraba afiliado al régimen de prima media para la fecha de su vinculación laboral con SOCOIN Ltda., el 01 de abril de 1996 se trasladó de régimen pensional a través de Colfondos S.A., por lo que la responsabilidad del cálculo actuarial recae en cabeza de este fondo privado.

En audiencia del 06 de julio de 2020 el juez A Quo dispuso, vincular en calidad de litisconsorte necesario a la sociedad **SOCOIN LTDA.**, hoy en Liquidación (fl.179), quien no se opuso a las pretensiones, no presentó medios exceptivos, y manifestó que siempre ha estado en disposición de pagar el valor que arroje el cálculo actuarial.

## 3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El A quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

> **PRIMERO. - DECLARAR PROBADA** la excepción de inexistencia de la obligación a cargo de Colpensiones y no probadas las excepciones formuladas por Colfondos S.A
>
> **SEGUNDO. – CONDENAR a COLFONDOS S.A** a elaborar el cálculo actuarial a favor de la demandante por el periodo comprendido entre el 01 de agosto de 1980 y el 31 de diciembre de 1984, teniendo como salario el equivalente al mínimo legal mensual vigente de cada anualidad, y con cargo al empleador **SOCOIN LTDA** hoy en Liquidación. Colfondos S.A tendrá un tiempo de 30 días hábiles para elaborar el cálculo actuarial a partir de la ejecutoria de la presente sentencia
>
> **TERCERO. – ABSOLVER** a Colpensiones de las pretensiones incoadas en su contra

Como fundamento de su decisión refirió, que es deber del fondo privado recibir los tiempos efectivamente cotizados, y del empleador realizar los aportes omitidos a satisfacción de la entidad de seguridad social.

Adujo que, si bien para la fecha de la omisión del empleador la demandante se encontraba afiliada a I.S.S, lo cierto es que es la A.F.P COLFONDOS S.A., quien debe elaborar el cálculo actuarial, por cuanto tiene entre sus deberes el de velar por el debido manejo de la historia laboral de los afiliados para que éstos puedan consolidar su pensión.

Finalmente adujo que, no opera la prescripción, dado que el cálculo actuarial se trata de un derecho que no se extingue con el paso del tiempo.

## 4. APELACIÓN

**Colfondos S.A.**

Expuso que las inconsistencias alegadas en la historia laboral por periodos no pagados por la sociedad **SOCOIN LTDA**, datan de cuando la accionante se encontraba afiliada al I.S.S, como quiera que la afiliación con COLFONDOS S.A., se hizo el 01 de abril de 1996.

Dijo que, es el empleador omisivo quien debe realizar los aprovisionamientos a futuro para efectuar los aportes a seguridad social de la demandante, y a su vez quien debe aportar la información de los periodos año a año que no pagó.

Finalmente señaló que, no hay lugar a costas porque el cálculo actuarial está a cargo del empleador omisivo.

**5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 13 de octubre de 2020, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de ambas partes, para, en síntesis, reafirmar sus argumentos de defensa.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

## II. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como problema jurídico por resolver se circunscribe al siguiente:

¿Es Colfondos S.A la llamada a elaborar el cálculo actuarial a favor de la demandante por los servicios prestados a la sociedad **SOCOIN LTDA** hoy en Liquidación del 01 de agosto de 1980 al 31 de diciembre de 1984?

**Obligación de efectuar el cálculo actuarial**

El artículo 9° de la Ley 797 de 2003 que modificó el parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, introdujo reglas para el cómputo de semanas de cotización al momento de verificarse el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, señalándose, en el literal d), que deberá tenerse

en cuenta "*el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador*"; y en el último inciso de este parágrafo, establece que "*el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional*".

Por su parte, el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el inciso 6° del Decreto 3798 de 2003 señala lo siguiente.

> "En el caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y la fecha de afiliación tardía, sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994"

Ahora bien, la H. Corte Constitucional en sentencia **SU-226 de 2019**, expuso que de la anterior normatividad era posible desprender que, una vez establecido que ha habido una omisión del deber de afiliación ante el Sistema General de Seguridad Social, y el empleador respectivo acude ante la entidad pensional para cumplir su obligación de manera tardía, dicha entidad está obligada a: (i) fijar el monto adeudado, con base en un cálculo actuarial; (ii) recibir su cancelación por parte del incumplido o activar los medios de cobro con los que disponga; y (iii) superados los demás requisitos legales, asumir el reconocimiento y pago oportuno de la pensión, siempre incluyendo, dentro del cómputo de las semanas de cotización legalmente exigidas, el tiempo de servicio prestado por el trabajador durante el lapso en el que se causó el pasivo del empleador.

Por su parte, la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia **SL046-2020** explicó que en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, lo que se hizo fue adecuar al régimen pensional, en particular las exigencias para poder computar los tiempos laborados por un trabajador para un empleador que fue omiso en su deber de afiliación al régimen de pensiones, en cualquier

época, situación que incluso guarda correspondencia con lo previsto en el citado inciso 6° del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003; y que las disposiciones que regulan los efectos de la omisión en la afiliación al sistema de pensiones, son las vigentes al momento del cumplimiento de los requisitos para obtener el derecho pensional, independientemente de que las diferentes situaciones se presenten con anterioridad a la vigencia de la ley **(SL2731-2015).**

Por tanto, y siguiendo los derroteros de tales providencias, era obligación del fondo, una vez establecido que ha habido una omisión en el deber de afiliación, y que el empleador acudió ante él para cumplir su obligación a través de cálculo actuarial, fijar el monto, y recibir el pago por parte del incumplido o llevar a cabo las acciones de cobro; escenario del que en el proceso no hubo ninguna duda, pues la representante legal del empleador omisivo **SOCOIN LTDA** En Liquidación, aceptó su intención de realizar el pago del respectivo cálculo actuarial.

En efecto, nótese como el último inciso del parágrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 señala que el pago del cálculo actuarial se hará a satisfacción de la entidad administradora, la que no puede ser otra que donde actualmente se encuentra afiliada la accionante, pues al efectuarse traslado, las obligaciones pensionales quedaron radicados en su cabeza, por ende, obligaciones tales como la que aquí se estudia, esto es, elaborar un cálculo actuarial, quedaron a cargo de su actual "administradora", quien conforme a las reglas vigentes sobre la materia debe efectuar la correspondiente operación aritmética. Por lo anterior, se considera acertada la decisión del A quo en tal sentido, de modo que se **CONFIRMARÁ** en su totalidad, pues se encuentra ajustada a derecho.

**COSTAS**

El artículo 365 del CGP establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, como lo fue en este caso Colfondos S.A, por lo que las de primera instancia se confirmarán.

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condenará en costas **en esta instancia** a cargo de Colfondos S.A.

## III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO.** - Costas en esta instancia a cargo de Colfondos S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA** **DAVID A.J. CORREA STEER**

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de $450.000 a cargo de Colfondos S.A.

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**
**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Sustanciadora: Alejandra María Henao Palacio.

Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 008

## I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER** y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados de las partes, y se estudia en GRADO JURISDICCIONAL DEL CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que ABIGAIL SALGADO MATEUS como representante de DANIELA NIÑO SALGADO promoviese contra la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P.

## II. ANTECEDENTES

### 1. HECHOS

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de su hija Daniela Niño Salgado, a partir del 06 de febrero de 2018, junto con el correspondiente retroactivo, intereses moratorios e indexación.

Como fundamento de las pretensiones la activa argumentó, en síntesis, la calidad de *hija de crianza* de Daniela Niño Salgado, de quien se denomina en la demanda como su padre de crianza y causante HÉCTOR PÁEZ SIERRA, ello como consecuencia de la unión marital de hecho que existió entre Abigail Salgado Mateus y aquél.

**2. RESPUESTA A LA DEMANDA**

**EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P.** (fls. 89 a 101), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia del derecho, buena fe, cobro de lo no debido, y compensación.

En su defensa expuso que, si bien la jurisprudencia nacional ha protegido a los hijos de crianza, ello, no conlleva al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de quien no ha probado que el pensionado fuera un padre de crianza.

Explicó que en la actualidad, la pensión del causante PÁEZ SIERRA, se distribuye en proporciones iguales entre Abigail Salgado Mateus y el hijo biológico del causante, **HÉCTOR LUIS PÁEZ VALENCIA.**

Finalmente indicó que, a la fecha de notificación de la demanda, la joven DANIELA NIÑO SALGADO es mayor de edad y no obra documento donde se demuestre que se encuentra estudiando; así mismo que, para tenerla como hija de crianza debe acreditarse el reemplazo de la figura paterna o ambas, la dependencia económica, el reconocimiento de la relación padre e hija, la existencia de un término razonable de la relación afectiva, la afectación al principio de igualdad, y los vínculos de afecto, respeto, comprensión y protección.

En audiencia del 24 de octubre de 2019 se dispuso la vinculación al proceso de **ABIGAIL SALGADO MATEUS y HÉCTOR LUIS PÁEZ VALENCIA** (fls.152 y 153) en calidad de litisconsorte necesarios. La primera, no se opuso las pretensiones de la demanda, señalando que a cargo de la **EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P.,** se encontraba el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de su hija Daniela Niño Salgado (fls. 162 a 169).

El segundo, el señor **HÉCTOR LUIS PÁEZ VALENCIA (fls. 170 a 187)**, se opuso a las peticiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, falta de legitimación en la causa por activa, inexistencia del derecho, al no probarse judicialmente ser hija del causante carare de derecho para inciar esta acción, y la genérica e innominada.

En su defensa expuso, principalmente, que la separación de Abigail Salgado Mateus y Jairo Niño Sua (padre biológico de la aquí demandante) únicamente quedó en firme cuando se declaró nulo su matrimonio mediante sentencia del 15 de enero de 2016.

Afrimó que no está demostrado en el proceso, que el padre biológico de Daniela Niño Salgado se hubiere sustraído de sus obligaciones; adicionalmente advierte que la joven **DANIELA NIÑO SALGADO** cuenta con la mayoría edad a la fecha de notificación de la demanda y que no fue reconocida como hija por el causante.

Finalmente dijo que, la señora Ángela María Páez Valencia (su hermana) sí sufre de una enfermedad, como lo es, esquizofrenia no especificada aguda, quien podría tener mejor derecho.

**3.** Providencia recurrida

El ***A quo*** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

***PRIMERO. – DECLARAR*** *probada la excepción de compensación formulada por la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P., y no probadas las demás excepciones.*

***SEGUNDO. - DECLARAR*** *que la demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en calidad de hija de crianza del causante, Héctor Páez Sierra, reconocimiento que se hará* ***desde el momento del fallecimiento, 06 de febrero de 2018 y hasta el momento en que la demandante cumplió la mayoría de edad, 27 de marzo de 2019.***

***TERCERO. - CONDENAR*** *a EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P.,a pagar a la demandante la suma de $14'792.434 por concepto de retroactivo pensional conforme las consideraciones expuestas, suma que se autoriza a la demandada a descontar de la mesada pensional que se viene reconociendo a Héctor Luis Páez Valencia.*

***CUARTO. – CONDENAR*** *a Héctor Luis Páez Valencia a reintegrar a la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P., la suma de $14'792.434 que le fue cancelado de más por concepto de pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su señor padre, para lo cual deberá acordar con la EAAB la forma de pago o de restitución de dicho valor.*

***QUINTO. – ABSOLVER*** *a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.*

***SEXTO. – SIN COSTAS EN LA PRESENTE ACTUACIÓN.***

Para adoptar tal determinación, el juez de instancia realizó un recuento legal y jurisprudencial sobre la materia, con base en el cual concluyó que las normas que regulan la sustitución pensional son las vigentes al momento del deceso, pues es el momento en que nace para los beneficiarios el derecho a sustituirse como asignatarios de la pensión. Por lo anterior refirió, que al fallecer el causante el 06 de febrero de 2018, el régimen aplicable es el de la Ley 797 de 2003, artículo 47, norma que dispone que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes los hijos hasta los 18 años, a menos que acredite

su condición de estudiantes, caso en el que se puede reconocer la prestación hasta los 25 años.

Identificó los criterios jurisprudenciales que se deben acreditar, para que se determine la calidad de hijo y padre de crianza entre el causante y el presunto beneficiario de la prestación.

Al evaluar la prueba testimonial, razonó que los testigos arrimados por el señor **HÉCTOR LUIS PÁEZ VALENCIA** (co-demandado) no generaban credibilidad, en la medida que existía una declaración extraprocesal rendida por el causante en la que se da cuenta de su convivencia con la señora Abigail Salgado Mateus, ello, en contraposición a lo narrado por los referidos testigos quienes señalaron, que la señora Nora Valencia (al parecer cónyuge del causante) y sus hijos viajaban constantemente a Bogotá a la casa de su padre, o que el causante viajaba a visitarlos. Además, adujo el juzgador que de los extractos bancarios allegados, resultaba dable deducir que el señor Héctor Páez Sierra siempre pagaba una suma mensual en la misma fecha y sobre igual monto, lo que no se acompasaba con el dicho de los testigos, pues no se entendería como se giran dineros cuando cuando supuestamente se veían permanentemente.

Agregó que **HÉCTOR LUIS PÁEZ VALENCIA** no discute la proporción de la pensión que le fuere reconocida a Abigail Salgado Mateus en calidad de compañera permanente; y cuestionó la declaración del testigo Daniel Carvajal, pues razonó no entender cómo dicho testigo - quien fungía como vigilante del sector donde vivía el causante - permitió que la señora **ABIGAIL SALGADO** ingresara a la casa del causante y retirara haberes de esta propiedad, máxime teniendo en cuenta que no obra en el expediente denuncia de tal situación de él ni de la familia del señor Héctor Luis Páez Valencia.

Seguidamente expuso que, de las declaraciones de los demás testigos resultaba posible establecer el vínculo de Abigail Salgado Mateus con el causante, y el reconocimiento que éste hacía de Daniela Niño como su hija, puesto que entre ellos existía una comunidad para la crianza de la menor, sin que para ello fuese necesario acreditar un tiempo -mínimo de permanencia, puesto que, se deben evaluar las circunstancias de cada caso, razón por la que declaró a la demandante como hija de crianza del causante.

No obstante afirmó, que al no acreditarse la calidad de estudiante de Daniela Niño después de cumplir 18 años, el reconocimiento se hacía únicamente mientras fuese menor de edad.

Finalmente afirmó, que no es dable el reconocimiento de un doble pago a cargo de la demandada, de modo que, respecto de las sumas que recibió **ABIGAIL SALGADO MATEUS** hasta el 30 de junio de 2018, no habrá lugar a devoluciones, pues ésta obró en calidad de representante de la menor, empero,

respecto de lo concedido a la demandante por concepto de pensión de sobrevivientes entre el 01 de julio de 2018 al 27 de marzo de 2019, esto es, la suma de $14'792.434. dichos valores deben ser reconocidos por **HÉCTOR LUIS PÁEZ VALENCIA**.

Finalmente mencionó que, no hay lugar a intereses moratorios, dado que la calidad de hija de crianza de Daniela Niño ha estado en controversia, por demás que la entidad ha pagado la prestación.

**4. APELACIÓN**

**DANIELA NIÑO SALGADO.** Su apoderado expuso que, la prestación reclamada debe ser reconocida hasta que la demandante cumpla 25 años, como quiera que la norma determina su pago hasta esa edad, incorporándose por el A Quo un requisito que no tiene la norma, por demás que, cuando un hijo no está estudiando en ningún momento se establece que la pensión tiene ese límite temporal y se tiene que volver a iniciar un trámite pensional.

Se resaltó que Daniela Niño dependía económicamente de su padre fallecido.

**HÉCTOR LUIS PÁEZ VALENCIA**. Cuestionó a través de su representado, la valoración probatoria efectuada por el A Quo, al estimar que no fue adecuada, dado que no se tuvieron en cuenta las contradicciones en que incurrieron las testigos de la parte actora, puesto que, de un lado, no se indicó el lugar donde se llevó a cabo la presunta convivencia entre Abigail Salgado y el causante, por cuanto DANIELA NIÑO afirmó que fue en lugar determinado mientras que ABIGAIL SALGADO, manifestó que ello aconteció en dos lugares distintos; y de otro lado, la joven demandante DANIELA NIÑO SALGADO, afirmó que la convivencia terminó en 2016; y su madre afirmó en principio que el causante le proveía todo y luego dijo que era sólo una parte.

Resaltó además, que de un lado la testigo María Orfelina Robayo estuvo acompañada al principio de su declaración, que se le estaba indicando qué debía decir, motivo por el que el testimonio se debió desacreditar por completo, por demás que, la tacha de sospecha del otro testigo (Francisco Salgado Mateus) se pasó sin más miramientos. De otro lado, cuestionó que se les haya restado credibilidad a sus testigos por unos documentos, no obstante que ellos no tenían por qué tener conocimiento de estos, declararon lo que sabían y les constaba; y que dichos testigos fueron claros en afirmar que desconocían que el actor estaba *ayudando* a Daniela Niño.

Agregó que en su momento, **ABIGAIL SALGADO** pidió la pensión únicamente para ella, y que no lo hizo a nombre de su hija, sino hasta cuando se reconoció la prestación a favor del hijo del causante, Héctor Luis Páez Valencia.

Así mismo indicó que **HÉCTOR LUIS PÁEZ VALENCIA** obró de buena fe, por lo que no podía condenársele al reconocimiento del valor de **$14'792.434**, más aún cuando se demandó fue a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P.**, y las pretensiones se encaminaron en contra de esta.

Finalmente hizo ahínco en que no está acreditada la calidad de hija de crianza de Daniela Niño, y que no se encuentra demostrado que su padre biológico se hubiera desligado económicamente de ella.

**LA EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P.,** adujo no compartir la decisión del A Quo, en cuanto a que se tuvo por probada la calidad de hija de crianza de Daniela Niño, derivada de la unión de Abigail Salgado y el causante y que dicha circunstancia no determina por sí misma tal calidad, pues para ello deben estar acreditadas las subreglas señaladas por la Corte Constitucional.

Frente al caso particular, explicó que no se probó que el causante hubiera reemplazado a su padre biológico ni que esta fuera su intención, que del testimonio de María Orfelia Robayo se entiende que Jairo Niño no se desligó completamente de su hija, tampoco se probó la total dependencia económica, la comunidad de padre e hija (el hecho de ser hijastra da surgimiento de unas relaciones de respeto, pues debe existir el deseo de reemplazar a quien debió ocupar ese lugar), y que además, no está fehacientemente acreditado dónde vivieron y existe discrepancia entre lo que afirman las propias demandantes (madre en representación de su hija e hija).

## 5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 13 de octubre de 2020, se admitieron los recursos de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue no utilizado por apoderados de ambas partes.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

## III. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si se acreditaron en el plenario los requisitos necesarios para afirmar que DANIELA NIÑO SALGADO es la hija de crianza del fallecido HÉCTOR PÁEZ SIERRA. y en tal entendido es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimiento de aquél.

**Requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes en vigencia de la Ley 797 de 2003** -

En materia laboral, el régimen de los efectos de la ley se estatuyó en el artículo 16 del Código Sustantivo, prescribiendo que las normas del trabajo, por ser de orden público, producen efecto general inmediato, y por tanto, incluso se aplican a las relaciones vigentes o en curso al momento en que empiezan a regir, pero no tienen efecto retroactivo sobre situaciones definidas o consumadas bajo leyes anteriores.

Acorde con este precepto, en relación con la pensión de sobrevivientes, la norma que regula el derecho a la prestación, no es otra que la vigente al momento en que ocurre el deceso. Así, lo ha estimado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias del 02 de marzo de 2007, 29 de noviembre de 2011, 21 de marzo de 2012 y 30 de enero de 2013, Rads. 27593, 40.055, 43.572 y 41024, respectivamente, así como más recientemente en la SL4261-2020.

Por lo anterior, la norma que gobierna el asunto bajo estudio es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, norma que establece en su literal c. que son beneficiarios de una pensión de sobrevivientes los hijos menores mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios, si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes.

**De los hijos crianza como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.**

La familia de crianza nace de diversas situaciones fácticas que originan que la educación y cuidado de un menor se presente bajo el amparo

de personas distintas a sus padres biológicos, razón por la cual, se crean lazos afectivos, los cuales no pueden ser rotos ni perturbados, debido a que dicha circunstancia iría en contra del interés superior de la familia.

De acuerdo con el artículo 42 de la Carta Política de 1991, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, y de ahí que sea una institución que merece una protección especial por parte del Estado.

La protección de las diferentes formas de conformación de la familia se deriva del ordinal 3° del artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en los cuales se indica que el Estado debe garantizar a la familia asistencia, respeto y protección, con el objetivo de que se adopten medidas tendientes a garantizar la igualdad y protección de los miembros que la componen.

No obstante, la norma que regula el derecho a la sustitución pensional o pensión de sobrevivientes[1], claramente se refiere a la condición de *hijo*. En este orden de ideas el reconocimiento de la prestación tiene como presupuesto básico el vínculo de parentesco por consanguinidad (biológico) o por adopción respecto del causante, lo que trae como consecuencia que, *por regla general* solo a aquellos se les reconozca la prestación económica.

Pese a lo anterior, en el reconocimiento pleno del concepto material de "familia" y concretamente para el caso que ocupa la atención de la Sala, esto es, en cuanto a la condición de hijo de crianza, Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia viene elaborando una línea jurisprudencial en construcción por demás, advirtiendo los diferentes cambios culturales y las nuevas exigencias sociales que han hecho que el concepto de familia permanezca en continuo dinamismo; que la protección a la familia como institución básica de la sociedad y la garantía de no discriminación, pueda otorgar igualdad de derechos a todos sus miembros a través de la imposición de límites de razonabilidad en cualquier tratamiento diferenciado que se pretenda establecer; sin que importe cuál de las formas ha sido escogida para fundar la familia, todo ello, conforme al mandato constitucional en su protección integral, con el que se busca garantizar su existencia y pleno desarrollo, lo que incluye la familia de crianza, como aquella que se origina en lazos de afecto y solidaridad, sin que necesariamente predomine la consanguinidad o adopción, sino las relaciones de facto entre sus nuevos miembros.

En ese sentido, pese a no tener lazos directos de consanguinidad, si llegase a faltar el apoyo económico del causante o pensionado y el padre o

[1] Artículo 47 de Ley 100, modificado por art. 12 de Ley 797 de 2003.

hijo de crianza sufriese los efectos del desamparo dada su dependencia emocional y económica, no tendría, entonces, sentido que la ley de Seguridad Social excluyera de su ámbito de protección por razones estrictamente formales a sujetos que en modo ostensible la requieren y la merecen.

En efecto en las sentencias **SL1939-2020 y SL3312-2020**, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria ha reconocido el derecho a la prestación económica de sobrevivientes en dichos casos, no obstante, esa relación paterno-filial debe ser "contundente" para merecer la protección de la seguridad social, de forma tal que no sea el producto de un fraude o un aprovechamiento ilegítimo de quien reclama, por lo que, de acuerdo con las sentencias referenciadas resulta indispensable demostrar:

**i)** El reemplazo de la familia de origen. Relación de facto que se genera con otra persona por fuera del vínculo consanguíneo o civil, incluso, puede ser un pariente o familiar que asumió ese rol.

**ii)** Los vínculos de afecto, protección, y comprensión. Se asimila a las obligaciones previstas en el artículo 39 de la Ley 1098 de 2006 –CIA- que permiten distinguir la interacción familiar entre sus miembros.

**iii)** El reconocimiento de la relación de padre y/o madre e hijo. No sólo basta el desarrollo de las manifestaciones de protección integral a quien se sumó al nuevo núcleo familiar, pues puede darse el caso que a pesar de que quien fue acogido en dicho entorno, no necesariamente vea a sus protectores como padres, por lo que se requiere que, ante la sociedad, incluso en el ámbito familiar, se pueda exhibir esa condición.

**iv)** El carácter de indiscutible permanencia. No significa establecer un límite de tiempo específico y arbitrario de verificación de esos lazos afectivos, sino como lo ha explicado la jurisprudencia constitucional, un término razonable en el cual se pueda identificar el surgimiento de la familia de crianza y su desarrollo, al punto de que verdaderamente se hayan forjado los vínculos afectivos.

**v)** La dependencia económica. Requisito esencial no sólo para acceder a la prestación pensional de sobrevivientes, sino como elemento indispensable de identificación de quien se exhibe como padre o madre y su relación con un hijo, a efectos de proporcionarle a este último la calidad de vida esencial para el desarrollo integral, que al desaparecer la persona que hacía posible ese cometido de la paternidad responsable, el beneficiario se ve afectado.

**EL CASO EN CONCRETO**

Hechos probados en el proceso:

En el proceso no existe discusión, respecto a que **i)** el señor Héctor Páez Sierra falleció el **06 de febrero de 2018**, hecho que además se acredita con el registro civil de defunción obrante a folio 3, fecha para la cual se encontraba pensionado (fl.43); **ii)** tampoco es motivo de controversia que la señora Abigail Salcedo recibe en la actualidad un porcentaje de la prestación de sobrevivientes que con ocasión del fallecimiento del de cujus otorgó la pasiva al reconocerla en calidad de compañera permanente; (fls 47) asimismo, **iii)** que el matrimonio de la señora Abigail Salgado con el señor Jairo Niño Sua fue declarado nulo según decreto ejecutorio del Tribunal Eclesiástico Interdiocesano de Bogotá el 09 de diciembre de 2015 (fls.190 a 193).

De otro lado al proceso se arrimó **documental**, según la cual el causante tenía inscrita como su beneficiaria en la E.P.S COMPENSAR, en calidad de *hija*, a la demandante DANIELA NIÑO SALGADO, conforme certificación de dicha EPS (Fls 35 y 36) y una declaración extraprocesal en la que el causante manifestó que la demandante Daniela Niño vivía y dependía económicamente de él y de Abigail Salgado (fl.37);

También se recibió el **interrogatorio de parte** de **DANIELA NIÑO SALGADO**, quien manifestó que convivió con el causante en la casa de la Carrera 70 G # 101-21; que él tenía una relación con su madre Abigail Salgado; que desde los cuatro años no tenía conocimiento de Jairo Niño; que tiempo después de salir él con su madre se empezó a hacer cargo de sus responsabilidades; y que él fue la figura que vio como padre, puesto que la acompañaba al colegio, se hacía cargo de ella y de sus tareas. En su declaración señaló primero que convivió con el causante desde el 2011 hasta que falleció a finales de 2016, no obstante posteriormente afirmó que la fecha de su defunción lo fue el 06 de febrero de 2018. Afirmó haber conocido a los amigos y vecinos del señor Páez, concretamente a la señora María Nelly y a su esposo Enrique Ahumada Contreras, - testigos de la parte contradictoria- pues asistían frecuentemente a la casa quienes sabían de la relación que tenían causante y demandante.

En cuanto a **prueba testimonial** se recibieron las declaraciones de: **Abigail Salgado Mateus** (madre de Daniela Niño S) indicó que la convivencia con el causante se dio en dos lugares, en la casa paterna de sus padres y en un negocio que se atendía desde la 7:00 AM hasta las 8:00 PM; que el causante fue un ejemplo de vida para la crianza de Daniela Niño, él le brindó cariño y afecto; que dicha relación fue de padre a hija, le ayudaba mucho en las tareas, y siempre estaba pendiente de su educación; que convivió con

el padre biológico de su hija Jaime Niño hasta el 02 de junio de 2005, cuando por orden de fiscalía se decidió que él debía abandonar la residencia por maltrato intrafamiliar; y que fue el causante el que siempre respondió como padre para Daniela Niño desde que inició la convivencia. , Afirmó que su hija siempre fue su beneficiaria en salud desde el año 2001; no obstante desde el 01 de agosto de 2016, por la necesidad de unificación del grupo familiar con base en el decreto 118, su hija pasó a ser beneficiaria como hija aportada en la relación al unificarse la afiliación en salud de los dos cotizantes, esto es, el causante y ella misma.

Compareció **Francisco Salgado Mateus,** quien afirmó ser hermano de Abigail Salgado Mateus; ser comerciante y residir en Boyacá. Contó que el causante empezó convivencia con aquélla en el año 2011; que ambos mantenían las dos casas donde vivían; que la relación del causante y de Daniela Niño era buena, él asumió el rol de padre, participaba en sus gastos de estudio, le brindaba amor, respeto y cariño; que el padre biológico de Daniela Niño - Jairo Niño - estuvo en contacto hasta 2005, empero no respondió por su hija; que visitaba el hogar del causante y su hermana cada vez que iba a Bogotá, cada mes, cada 20 o 15 días; y que lo que vio fue el apoyo del causante a Daniela Niño en lo económico y como padre, le enseñó buenos modales, respeto y amor.

En igual sentido, **María Orfelina Robayo Quiroga** manifestó ser amiga de la señora Abigail Salgado. Relató que el padre biológico no respondía por su hija Daniela; que posteriormente Abigail Salgado empezó a vivir con el causante y era él quien le daba el estudio y todo como un padre; que veía cada 15 días tal pareja, por cuanto ellos tenían una pescadería, y ella iba por el pescado o ellos se lo llevaban a su casa; que además compartían como amigos y que Daniela Niño le decía *papá* al causante y sacaban a pasear juntos el perro.

Así mismo comparecieron en calidad de testigos, los señores **Bernardo Franco, María Nelly Cala,** y **Enrique Ahumada Contreras**, quienes fueron contestes en manifestar en su calidad de vecinos y amigos del causante. Todos coincidieron al manifestar que conocieron al causante de vieja data, que el causante estaba casado con Nora Helena Valencia; con quien tuvo varios hijos, que su cónyuge e hijos vivían en Medellín, pero viajaban frecuentemente a Bogotá y permanecían en la casa de su padre, que no conocían de alguna relación de parte del causante con Abigail Salgado; que nunca vieron que al inmueble del causante entrara una persona diferente a su esposa e hijos; que el causante nunca dijo que estuviera ayudando a un menor diferente a sus hijos; que nunca vieron al causante compartir con Abigail Salgado como pareja; y que creían que los gastos funerarios los asumieron su esposa e hijos.

Por su parte el **testigo Daniel Aparicio Carvajal Beltrán**, manifestó laborar como vigilante de la zona donde vivió el causante, labor que ha ejecutado por más de 18 años. Afirmó haber conocido al causante y a "su esposa e hijos Héctor Luis y Angelita" contó que adicionalmente él hace arreglos locativos y el causante lo llamó en varias ocasiones para dichos oficios, razón por la que conoce la casa en su interior pues la ha pintado y ha hecho "arreglos en la estufa".

Afirmó que a la señora Abigail Salgado, la conoció como "la señora del pescado", que conoció su nombre, "cuando una noche después de la muerte de Héctor, ella llegó a cambiar guardas de la casa a las 7:30, PM yo tengo el video, a mí se me hizo extraño porque la señora no era de la familia ni nada, venía a esa hora a cambiar guardas, eso no era normal y más en las horas de la noche y pues yo llame a los vecinos y a la policía, llamé a Bernardo, a Jorge, también llamé a la señora Nora" Afirmó haber sido testigo presencial de dicha situación, además afirmó "yo ví cosas anómalas de esta señora, en ese trascurso de tiempo que el señor Héctor estuvo hospitalizado, ella sacaba talegos negros grandes como tratando de borrar evidencias que no me parecieron normales, ella no estaba autorizada para sacar cosas de la casa y botó cantidad de talegos como de basura, tomaba fotos, en la noche una vez llegó a tomar fotos de la casa, la casa tiene velo y se alcanzaba a ver que tomaba fotos como cuadrando cuadros o cosas así ...yo tengo video de eso que le estoy comentando, lo tengo en mi teléfono, yo tengo dos teléfonos uno que tengo y otro que lo guarde por la memoria y eso, aquí casualmente tengo el teléfono donde está la fecha y hora de cuando la señora vino a cambiar las guardas .... "Abigail sacó como dos veces bolsas de basura, se sacaban fotos y alcancé a ver que acomodaban como cuadros".

Narró que nunca vio o que el causante nunca le contó que estuviera ayudando económicamente a otra persona diferente a sus hijos, que actualmente en la casa vive "la que siempre ha sido la esposa y los hijos. Ellos se ausentan a veces, me encargan la casa, lo normal como hacían antes."

Pues bien. Evaluada la totalidad de la prueba arrimada a las diligencias, la Sala considera que los requisitos para tener por acreditada la calidad de hija de crianza de Daniela Niño en relación con el causante, en realidad no se encuentran fehacientemente acreditados, en especial las exigencias referidas al reconocimiento de la relación padre e hijo, y el carácter de indiscutible permanencia. Lo anterior por lo que a continuación se indica.

Recuérdese que para que dichos requisitos se tengan por demostrados, es necesario que el padre se vea como el protector del hijo ante la sociedad, que incluso en el ámbito familiar se exhiba de manera nítida

esa condición, y que la prueba en tal aspecto sea tan "contundente" que no pueda existir dubitación alguna de la verdadera vocación de familia nuclear, puesto que se entiende que, el padre ha ejecutado actos positivos y a largo plazo a favor de la persona a proteger, por lo que en tal entendimiento, existe un convencimiento social de la condición de padre-hijo. No obstante, en el *sub lite* quienes desconocen tal relación son precisamente los vecinos y las personas que estaban cerca al lugar de residencia del causante, pues de sus dichos se logra extraer que jamás vieron al causante ejecutando el rol de padre para con Daniela Niño Salgado.

Ahora bien, en su análisis el A Quo ponderó la testimonial arrimada por la activa sobre la que arrimó la pasiva, dándole mayor credibilidad a la primera por cuanto estimó que la testimonial del co- demandado no ofrecía suficiente credibilidad, dado que dijo, no estar acordes con las declaraciones extraprocesales rendidas por el causante en vida (fl.37 y en la USB de folio 215) puesto que, en ellas, se habla de una unión marital que se forjó desde el 2011 y que a la señora Nora Elena Valencia el causante le pagaba únicamente una cuota mensual de tipo alimentaria.

Pues bien, debe decirse que, escuchada y valorada la totalidad de la prueba, la Sala disiente de las concusiones anteriores, por cuanto la aparente contundencia del material probatorio del que se valió el A Quo para condenar, no es tal, si se tiene en cuenta que los testigos que acudieron a juicio por la parte actora, en realidad no resultan decisivos, contundentes o determinantes para acreditar, que Daniela Niño fue hija de crianza del causante.

En efecto, obsérvese en primer lugar, que los testigos Francisco Salgado Mateus y María Orfelina Robayo Quiroga, son personas que no viven en la ciudad de Bogotá, ambos tienen su residencia en lugar distinto al que se afirma se dio la convivencia del causante con la demandante y la madre de ésta, por lo tanto, su percepción de los hechos fue esporádica, irregular; y aunque ello no demerita *per se,* el peso de sus declaraciones, lo cierto es al examinar en minucia sus declaraciones, ambas adolecen de especificidad. Ambos testigos relataron de forma bastante genérica cómo fue la relación del causante con la demandante, sin entrar en detalle, como debió hacerse - si lo que se pretendía era acreditar la contundencia, publicidad y permanencia en el tiempo de la relación paternal entre aquellos- por lo tanto, de sus dichos no logran extraerse de forma precisa las circunstancias de tiempo modo y lugar en que presenciaron los hechos ni la razón de sus dichos. De otro lado se presentaron inconsistencias en las declaraciones de madre e hija demandante. En efecto Abigail Salgado hizo alusión a que convivía con el causante en dos lugares diferentes, empero en la declaración que en vida rindió éste, únicamente adujo el de la Carrera 71 B N° 99 A-07 (fl.37), dirección que por demás es distinta a la

señalada por Daniela Niño en su interrogatorio de parte quien indicó la Carrera 70 G # 101-21; en el interrogatorio de parte a Daniela Niño, al momento de expresar el día de fallecimiento del causante señaló que lo fue a finales de 2016, sin embargo, luego afirmó que lo fue a principios de 2018; lo anterior aunado a que en su declaración, la joven demandante afirmó que a todos los vecinos y/o personas del vecindario, les consta la relación estudiada, incluso afirmó que algunos deponentes de la parte contraria conocieron del estrecho vínculo, sin embargo en momento alguno de sus declaraciones los señores Bernardo Franco, María Nelly Cala, y Enrique Ahumada Contreras – todos vecinos del causante – ni el señor Daniel Carvajal (vigilante) dieron soporte a dichas afirmaciones de la demandante y en contraste y como se aseveró previamente fueron contestes en manifestar que jamás observaron esa relación de padre-hija.

De otro lado quiere precisar la Sala que, si bien es cierto en el expediente obra la declaración extra juicio que en vida hiciese el causante en la que se afirma que convivía con Abigal Salgado Mateus y que Daniela Niño Salgado dependía económicamente de él, que en conjunto con su madre le pagaban los gastos de vivienda, alimentación, educación, vestido, salud, recretación, etc. (fl. 37), lo cierto es que dicha declaración extra juicio, al evidentemente no poder ser ratificada por quien la otorgó no puede ser valorada como testimonio, sino solamente como prueba sumaria, en la medida en que la parte contraria no pudo ejercer su derecho de contradicción al momento de la declaración, pues no fue citada a la misma y, por tanto, no pudo tachar al declarante, solicitar el rechazo de las preguntas realizadas -por improcedentes, superfluas o por insinuar la respuesta-, ni tampoco contrainterrogarlo, menos aún en el trámite del proceso judicial, ante la imposibilidad de solicitar su ratificación, y aunque este hecho no significa que su admisión, estándar probatorio y valoración deba adelantarse bajo supuestos más estrictos; lo cierto es que, la actividad probatoria debe adelantarse sometiendo aquella prueba a la valoración rigurosa y en conjunto de la demás prueba, y valorada esta prueba particular en conjunto con la demás prueba, lo cierto es que no brinda elementos de juicio suficientes e incontrovertibles de una relación paterno afectiva del causante con Daniela Niño Salgado.

Lo mismo debe decirse frente a la valoración del documento de folios 35 y 36, que contiene una certificación, según la cual el causante tenía inscrita como su beneficiaria en la E.P.S COMPENSAR, en calidad de hija, a la demandante DANIELA NIÑO SALGADO, conforme certificación de dicha E.P.S., por cuanto lo cierto es que conforme la declaración de la misma madre de la menor, ello se debió a que por imperativo legal el grupo familiar del causante debió unificarse, por estar ambos compañeros permanentes en distintas E.P.S., por lo tanto, en la unificación del grupo familiar ingresan los hijos aportados de ambos cotizantes, que fue lo que en efecto aconteció

en el de marras y por tanto de dicha prueba tampoco puede concluirse per se el vínculo afectivo, económico, dependiente y público del causante con la joven demandante Niño Salcedo.

Finalmente considera la Sala preciso recordar que, el solo hecho de la presunta convivencia en unión marital de hecho del causante con la madre de Daniela Niño resulta insuficiente para de allí pretender derivar per se los vínculos de afecto, respeto, solidaridad y ayuda económica, así como la existencia de un término razonable de permanencia de la relación afectiva y la publicidad de dicha relación.

Así las cosas, considera la Sala que no existe un sólido y consistente material probatorio del que se pueda determinar sin dubitación alguna el cumplimiento de los cinco requisitos estudiados, esto es, el reemplazo de la familia de origen; los vínculos de afecto, protección, y comprensión; el reconocimiento de la relación de padre y/o madre e hijo; el carácter de indiscutible permanencia; y la dependencia económica; razones por las cuales se **REVOCARÁ** la sentencia para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

## IV. COSTAS

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condenará en costas en ambas instancias a cargo de la parte actora, Abigail Salgado Mateus.

## V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

**R E S U E L V E**

**PRIMERO. – REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se ABSUELVE a la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá- EAAB E.S.P, y a Héctor Luis Páez Valencia de las pretensiones incoadas en su contra, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión.

**SEGUNDO. -** Costas en ambas instancias a cargo de la parte actora, Abigail Salgado Mateus.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA** **DAVID A.J. CORREA STEER**

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de $450.000 a cargo de la parte actora.

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**
**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 117 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, y DAVID A.J. CORREA STEER, los recursos APELACIÓN interpuestos por la apoderada de la empleadora demandante, contra las providencias (auto y sentencia) dictadas por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de septiembre de 2020 dentro del proceso especial de fuero sindical que la sociedad EMGESA S.A E.S.P., promoviese contra DAGNOBER LOAIZA ECHEVERRY.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Hechos

En lo que concierne para desatar el recurso de alzada contra el auto que negó el decreto de algunas pruebas se tiene que, la parte actora solicita que se le autorice la terminación del contrato de trabajo del señor Dagnober Loaiza Echeverry, quien goza de ***fuero sindical*** al hacer parte de las organizaciones sindicales **SUMATE y SINTRAELECOL**.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta que el trabajador incurrió en una justa causa de terminación del contrato , narrando que ello aconteció cuando en el reporte diario rèndido por parte del señor Dagnober Loaiza Echeverry como Operador de la Central Hidroeléctrica del Guavio en Caverna, este informó que la Unidad 5 se encontraba en buen estado, no obstante existir una fuga de agua, omisión que, le generó un perjuicio de $1.465'290.016 al estar por fuera de servicio la

unidad durante 34 días, y generarse fugas adicionales en los intercambiadores n° 3 y 8. Igualmente, se señala que las anteriores razones, fueron las que impulsaron a la empresa a tomar la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa del accionante, sin embargo, tal decisión quedó en suspenso hasta que se lograra el levantamiento del fuero sindical del accionado.

**2. Respuesta a la demanda.**

**El señor Dagnober Loaiza Echeverry**, contestó en audiencia celebrada el 28 de agosto de 2020, se opuso a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

Expuso, en síntesis, que, el proceso disciplinario que dio lugar a la terminación del contrato de trabajo violó los derechos al debido proceso y la defensa, por demás que, las razones que invoca la empleadora como justa causa no están demostrados.

Señaló que, los despidos por conducta o incumplimiento del trabajador tienen carácter sancionatorio, por lo que, antes del despido debe observarse el procedimiento establecido en los artículos 107, 109, 111 y 115 del C.S.T., y en el Reglamento Interno de Trabajo, según sentencias C-478 de 2007 y 593 de 2014; y que si el trabajador se encuentra cobijado por una convención colectiva de trabajo, esta debe aplicarse de preferencia, salvo que las garantías que allí se establezcan no armonicen con el mínimo que se deriva del artículo 29 superior y la normatividad consagrada en el Código Sustantivo de Trabajo.

Adujo que, cuando el trabajador se encuentra afiliado a un sindicato, para efectos de adelantarse un procedimiento disciplinario, debe permitirse que sea asistido por dos representantes del sindicato al que pertenezca, pues de lo contrario el despido no tendrá efectos; que en la convención colectiva de trabajo se establece un término de 15 días para citar a descargos contados desde el momento en que la empresa tuvo conocimiento de lo hechos, término que no fue observado; que los anexos de la citación a descargos no fueron conocidos por él, así como tampoco conoció con antelación las declaraciones de John Freddy Gordillo Ballén y Julio Cesar Holguín, aunado a que, de ellos no se logra extraer una violación grave de sus obligaciones; y que no se decretó ninguna prueba solicitada por él ni por la organización sindical.

Finalmente indicó que, cuando se alega un incumplimiento grave de las obligaciones del contrato de trabajo, se debe tener por acreditada la violación grave, y la intencionalidad; y que las funciones que desempeñó para el 16 de septiembre de 2017 las realizó en forma circunstancial.

Mediante auto del 20 de marzo de 2018, se dispuso notificar la demanda a las organizaciones sindicales **SINTRAELECOL,** y **SÚMATE** (fl.303), los que estuvieron representados por Curador ad litem, quien en síntesis manifestó que, los hechos que no se encontraban acreditados con la documental allegada, debían probarse.

## II. DECISIONES DE PRIMERA INSTANCIA

### 2.1. Del auto que decidió sobre el decreto y práctica de pruebas

En audiencia del 15 de septiembre de 2020 el A Quo dictó auto por medio del cual **negó el decreto del interrogatorio de parte y de los testimonios solicitados por la parte actora**, en la medida que como director del proceso consideraba que las pruebas allegadas a juicio eran suficientes para proferir una decisión, por demás que no fueron solicitadas de conformidad con las formalidades que establece el artículo 212 del C.G.P.

**2.1.2. Apelación.** El empleador demandante expresó, que si bien el proceso es de levantamiento de fuero sindical, para poder estudiarse lo relacionado con la justa causa de terminación, es necesario que se decrete el interrogatorio de parte, así como los testimonios solicitados. Solicitó la reposición del mismo o en subsidio de apelación.

**2.1.3. Argumentos de la reposición frente al auto recurrido.** El A Quo no repuso su decisión. En síntesis, reiteró que con las pruebas allegadas era posible tomar una decisión de fondo, y que no se cumplieron las formalidades del artículo 212 del C.G.P.

### 2.2. De la sentencia de primera instancia.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 31 de agosto del año en curso, en la que dictó **sentencia absolutoria.**

En síntesis, refirió en primer lugar, que el trabajador accionado no gozaba de fuero sindical con la organización sindical **SUMATE**, en la medida que, en sentencia proferida por parte del Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral del 05 de febrero de 2019, dentro del proceso con radicación No11001310502320180032O-01, se decidió que dicho sindicato desapareció de la vida jurídica, ya que en sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca- Sala Laboral del 27 de agosto de 2018 se ordenó la cancelación de su registro sindical.

Adicionalmente expuso, que el trabajador tampoco gozaba de fuero sindical con el sindicato **SINTRAELECOL**, dado que conforme la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá del 05 de febrero de 2019, respecto de dicho sindicato el trabajador ya no hacía parte de su junta directiva, según certificado del 05 de diciembre de 2018 de dicha organización sindical.

**2.3. Recurso de apelación contra la sentencia.**

La sociedad demandante en calidad de empleadora, adujo que su inconformidad con el fallo de primera instancia consiste en que el A Quo no hizo un pronunciamiento de fondo acerca de la justa causa, pues en un proceso de fuero sindical son dos los objetos del proceso: determinar la existencia de fuero sindical y si el despido es o no con justa causa, por lo que, deben ser analizadas las razones que llevaron a la entidad a efectuar el despido.

Finalmente indicó que, no es dable la imposición en costas, ya que, cuando se impuso la demanda el trabajador estaba amparado por fuero sindical, y si bien se requirió a la empresa, quien debía señalar si estaba o no amparado por fuero era el trabajador demandado.

## II. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante providencia de fecha 23 de marzo de 2021, se admitió recurso de apelación frente al auto recurrido y en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar frente al auto apelado, el cual fue utilizado por el apoderado de la parte demandada, para reafirmar sus argumentos.

## II. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

### 2.1. Problemas jurídicos

La Sala procederá a resolver los recursos planteados, de conformidad con el numeral 4° del art 65 del C.P.T.S.S. y con limitación a la materia objeto de apelación, de conformidad con el artículo 66A ibídem; por lo que, **en relación con el recurso de apelación interpuesto contra el auto que decretó de pruebas**, se limitará a determinar si estuvo bien denegado el decreto y práctica de la prueba testimonial y el interrogatorio de parte solicitado por la activa, tal como se cuestiona en los argumentos expuestos en la alzada. Ya **en cuanto al recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado,** le corresponderá a la Sala dilucidar si, pese a no existir controversia en cuanto a que el trabajador demandado no goza de la garantía de fuero sindical, resultaba necesario que el A Quo procediera al estudio de la justa causa invocada por la parte actora. De otro lado se resolverá si resulta posible exonerar de costas a la activa.

### 2.2. Desenvolvimiento de la problemática planteada

#### 2.2.1. Frente a la apelación del auto que negó el decreto del interrogatorio de parte y los testimonios.

Sobre el asunto sometido a debate, debe tenerse en cuenta la importancia y finalidad que las pruebas tienen para la parte y el juzgador. Para el primero, las pruebas deben encaminarse a la demostración de la teoría del caso planteado en la demanda o en su contestación; y para el segundo, tiene como fin adquirir la información suficiente para generar el convencimiento sobre la verdad del caso que debe ser resuelto.

Ahora bien, no se puede olvidar que el juez conforme al **artículo 61 del C.P.T.S.S**, forma libremente el convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal de pruebas, por lo cual se inspira en los principios científicos que informan la crítica de la prueba, atiende las circunstancias relevantes del pleito y la conducta procesal observada por las partes. Asimismo, el juez es el director del proceso, lo que implica que tiene en sus manos la rectoría plena del proceso mismo, de modo que, puede descartar aquellas solicitudes que resulten dilatorias, o no vayan de la mano con los principios de eficacia y economía procesal.

El empleador demandante pretende que mediante el trámite de este proceso especial se le autorice la terminación del contrato de trabajo del señor Dagnober Loaiza Echeverry, en la medida que, éste goza de ***fuero sindical*** al hacer parte de las organizaciones sindicales **SUMATE y SINTRAELECOL**.

Para el levantamiento del fuero aduce como justa causa de terminación del contrato de trabajo, los hechos que se plasmaron en los hechos de la demanda, que en síntesis narran que en el reporte diario rendido por parte de Dagnober Loaiza Echeverry como Operador de la Central Hidroeléctrica del Guavio en Caverna, éste informó que la Unidad 5 se encontraba en buen estado, no obstante existir una fuga de agua, omisión que, le generó un perjuicio de $1.465'290.016 al estar por fuera de servicio la unidad durante 34 días, y generarse fugas adicionales en los intercambiadores n° 3 y 8.

Para probar sus dichos, solicitó se decretara senda prueba documental arrimada al plenario, así como el interrogatorio de parte al trabajador demandado y las declaraciones testimoniales de las personas relacionadas en el escrito de demanda.

El Aquo, en la etapa procesal pertinente decidió negar el decreto y práctica de la prueba testimonial e interrogatorio de ambas partes, al considerar que con la senda prueba documental que obraba en el plenario y atendiendo a las pretensiones de la demanda y los medios exceptivos propuestos era innecesario decretar la testimonial y los interrogatorios de parte, en la medida que había encontrado suficiente para decidir de fondo al litis con la documental que ya se encontraba incorporada al plenario, sin evidenciar que se violentara el derecho de defensa de alguna parte con tal decisión .

Sentadas las anteriores premisas, menester es recordar que los procesos de fuero sindical tienen una doble finalidad, esto es, obtener permiso para despedir o trasladar a un trabajador que goza de fuero sindical, o que éste obtenga bien sea el reintegro al cargo que tenía en caso de despido o su reinstalación frente a un traslado o desmejora en sus condiciones laborales; siendo el caso puesto en consideración de la Sala el primer evento.

Así las cosas, el cauce probatorio del proceso, debe girar en torno a que, se acredite, como presupuesto escencial la existencia de un fuero sindical, pues es tal circunstancia, la que precisamente configura o habilita el estudio del segundo presupuesto, esto es, la justa causa de despido en que incurrió

ese trabajador aforado. En tal sentido, el Juez en su calidad de director del proceso al momento de decretar pruebas puede definir cuál de estas resulta conducente, pertinente y útil y sustraer del proceso las que no cumplan tales características.

Es así como, si en ejercicio de sus potestades legales el juez discurre que con el acervo probatorio documental obrante en el plenario es dable proferir una decisión de fondo, ello no indica *per se*, que, con ello, se esté desconociendo el debido proceso, ni que se estén vulnerando los derechos de acción y contradicción de las partes, así como tampoco que se este sacrificando el derecho sustancial, siempre y cuando su decisión se encuentre debidamente fundada.

Al respecto, la H. Corte Constitucional en sentencia SU-132 de 2002 precisó que:

> "Cabe recordar que en la valoración probatoria efectuada por una autoridad judicial, prima la autonomía e independencia del juez que la realiza. Lo que se rechaza de la misma es el posible exceso en que se pueda llegar a incurrir, por un ejercicio arbitrario de esa discrecionalidad. Esto es lógico, puesto que como director del proceso, el juez de la causa es el que está llamado a determinar la utilidad, pertinencia y procedencia del material probatorio, a través de criterios objetivos y razonables, de manera que pueda formar su convencimiento y sustentar la decisión final, utilizando las reglas de la sana crítica (C.P.C., art. 187 y C.P.L., art. 61)".

Por tanto, la Sala procede a analizar si el juez de primera instancia incurrió en un ejercicio arbitrario de la discrecionalidad de la que goza como director del proceso, cuando determinó que el interrogatorio de parte y la prueba testimonial resultaban inanes para los efectos pretendidos por las partes. En el análisis de lo hasta aquí actuado en el proceso, la Sala encuentra que el A Quo en ningún ejercicio arbitrario incurrió, pues, tal como lo argumentó en el momento de decidir el decreto de las pruebas, así como al momento de sustentar la negativa a reponer su decisión, en el proceso obra material documental suficiente para tomar una decisión de fondo en relación con la calidad de aforado del actor, nótese que se allegó:

i) Sentencia dictada por parte del Tribunal Superior de Cundinamarca- Sala Laboral en la que se ordenó la cancelación del registro y la personería jurídica de la organización sindical SUMATE (fls. 430 a 444);

ii) Sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral en la que se dispuso que en virtud de la

providencia dictada por el Tribunal Superior de Cundinamarca- Sala Laboral el accionante ya no gozaba de fuero sindical con la organización sindical SUMATE, así como que en tal juicio se arribo certificación en la que se puso de presente que el accionado ya no se encontraba en la junta directiva de SINTRAELECOL (fls. 455 a 461);

iii) Carta del 06 de abril de 2016 de la organización SINTRAELECOL, en la que se informa que el accionante ya no ostenta la calidad de afiliado (fl.426);

iv) Resolución 01-23-11-2017 del 23 de noviembre de 2017, en la que se pone de presente por parte de la organización sindical SINTRAELECOL que el accionado desde el 06 de abril de 2016 se emitió comunicación informando la separación de la condición de afiliado al accionado (fl.428);

v) Carta del 31 de enero de 2018 en la que la organización sindical SINTRAELECOL informa a la inspectora de trabajo de Guateque que desde el 06 de abril de 2016 el accionante ya no ostentaba la calidad de afiliado (fl.427).

De esta manera las cosas, la Sala arriba a la misma conclusión que el A Quo, esto es, que en efecto se puede tomar una decisión de fondo sin necesidad de que se rinda interrogatorio de parte o se evacúe la prueba testimonial, pues planteados como quedaron, los hechos y pretensiones de la demanda, así como la respuesta a la misma y los medios exceptivos de que hizo uso la pasiva , con la documental que obra en el plenario se puede decidir de manera holgada la litis planteada en esta ocasión, razones por las cuales se considera acertada la decisión del Juzgado de Primera Instancia, de modo que, se **CONFIRMARÁ** el auto apelado.

### 2.2.2. Frente a la sentencia de primera instancia

**El fuero sindical**

El fuero sindical es una garantía constitucional (Art. 39) desarrollada en el artículo 406 del CST. Prescriben los artículos referidos:

> "ARTICULO 39. Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución.
> ...
> Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión..." (Negrillas y subrayas de la sala)

Y en el artículo 1° del Decreto 204 de 1957 (Art. 405 CST) está definido como "*la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni ser desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo.*"

Como se observa, La garantía del fuero sindical está instituida para proteger el derecho de asociación y brindar estabilidad especial a ciertos trabajadores, tiene por finalidad, que se funden nuevos sindicatos, o defender la existencia o supervivencia de los ya constituidos, por lo que su propósito, más que proteger el interés personal del trabajador aforado, es el de garantizar el derecho de asociación sindical en su conjunto, de tal suerte que para despedir, desmejorar o trasladar a un trabajador aforado, el empleador debe adelantar un proceso especial con miras a obtener el permiso judicial correspondiente, con fundamento en la existencia de una justa causa.

En igual sentido al del artículo 39 Superior, la Organización Internacional del Trabajo, OIT, como organismo fuente de las normas internacionales del trabajo, ha expuesto en los Convenios 87 y 98:

El artículo 11 del Convenio 87:

> "Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación".

Por su parte, los numerales 1 y 2 del artículo 1° del Convenio 98, señalan:

> "Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

> "Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:
>
> a) Sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie
> a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato.
>
> b) Despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo".

**Acciones que derivan del fuero sindical**

En los artículos 113 y 118 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CPTSS) se consagran las acciones que pueden instaurar empleadores y trabajadores relacionadas con la protección constitucional y legal del fuero sindical. Dicen las normas referidas:

ARTÍCULO 113, modificado por el artículo 44 de la Ley 712 de 2001.

> "DEMANDA DEL EMPLEADOR. La demanda del empleador tendiente a obtener permiso para despedir a un trabajador amparado por fuero sindical, para desmejorarlo en sus condiciones de trabajo, o para trasladarlo a otro establecimiento de la misma empresa o a un municipio distinto, deberá expresar la justa causa invocada.
>
> Con la certificación de inscripción en el registro sindical o la comunicación al empleador de la inscripción se presume la existencia del fuero sindical."

ARTÍCULO 118, modificado por el artículo 48 de la Ley 712 de 2001.

> "DEMANDA DEL TRABAJADOR. La demanda del trabajador amparado por el fuero sindical, que hubiere sido despedido o desmejorado en sus condiciones de trabajo o trasladado sin justa causa previamente calificada por el juez laboral, se tramitará conforme al procedimiento señalado en los artículos 113 y siguientes.
>
> Con la certificación de inscripción en el registro sindical o la comunicación al empleador de la elección, se presume la existencia del fuero del demandante."

Como puede notarse, existen dos acciones para garantizar a los trabajadores el fuero sindical: la de levantamiento del fuero sindical y la acción de reintegro, reinstalación o restitución. Cada una se resuelve mediante un procedimiento especial. El primero, a cargo del empleador interesado en obtener del juez laboral el permiso que le permitirá despedir, trasladar o desmejorar las condiciones del trabajador aforado, y el segundo, es cuando el trabajador promueve la acción contra el patrono que actuó sin cumplir el anterior requisito.

Así las cosas, se puede determinar que primero, el objeto de la solicitud judicial previa al despido, traslado o desmejora en las condiciones de trabajo, es la verificación de la ocurrencia real de la causa alegada y la valoración de su legalidad e ilegalidad. Y segundo, el objeto de la acción de reintegro, reinstalación o restitución, es analizar si el demandado estaba obligado a solicitar el permiso judicial, y si dicho requisito efectivamente se cumplió.

**De lo probado en el proceso**

No son hechos materia de discusión en este proceso los siguientes:

**i)** El demandado presta sus servicios en EMGESA S.A desde el 15 de diciembre de 1993, pues así lo confesó la empresa demandante en el hecho primero de su demanda (fl.2), y fue aceptado por la pasiva.

**ii)** A la organización sindical **SUMATE** le fue cancelado su registro sindical y por ende perdió personería jurídica, en virtud de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca- Sala Laboral **el 27 de agosto de 2018** (fls. 430 a 444).

**iii)** La organización sindical **SINTRAELECOL** certificó que, el accionante **no ostenta la calidad de sindicalizado desde el 06 de abril de 2016** (fl. 426)

**iv)** Los hechos de los cuales el empleador pretende derivar una justa causa de despido acontecieron el día 16 de septiembre de 2017, según carta con referencia "Investigación Disciplinaria No 398-4" (fls. 283 a 295)

Sentadas las anteriores premisas, procede la Sala a determinar la calidad de aforado del accionado, por cuanto según afirmó la demandante, éste gozaba de fuero sindical por ser miembro, de la Junta Directiva del sindicato **SUMATE,** y de la Junta Directiva de la Subdirectiva Mámbita- Ubalá de la organización sindical SINTRAELECOL.

Pues bien, conforme la prueba recaudada se tiene que, mediante providencia del 27 de agosto de 2018 el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cundinamarca-Sala de Decisión Laboral dentro del proceso especial sumario de disolución, liquidación y cancelación de inscripción en el registro sindical promovido por EMGESA S.A y CODENSA S.A, proceso número 25899 31 05 001 2018 00117 01, **se ordenó la cancelación del registro sindical junto con la personería jurídica de la organización sindical SUMATE**, organización de la cual hacía parte el demandado en calidad de miembro de la Junta Directiva, con fundamento en que no existían pruebas con las que se pudiera determinar que las actividades que ejercen las empresas a las que pertenecen los trabajadores afiliados que se reportaron ante el Ministerio del Trabajo para la constitución del sindicato, hacen parte de la misma industria, de manera que desde su creación existía una inconsistencia que no le permitía generar efectos (fls. 430 a 454).

Por otro laso se tiene que en el trámite de un proceso de fuero sindical tramitado bajo el radicado 11001310502320180032O-01, donde fueron partes el señor **Dagnober Loaiza Echeverry** en calidad de demandante, y **SUMATE y SINTRAELECOL** como demandados, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá emitió pronunciamiento, mediante sentencia proferida el 05 de febrero de 2019, señalando que, al carecer la organización sindical SUMATE de personería jurídica, no se podía predicarse que el señor Dagnober Loaiza Echeverry gozara de fuero sindical (fls. 455 a 461); decisión que se encuentra en firme e hizo tránsito a cosa juzgada, y fue fuente de la sentencia proferida por el A Quo sin que los apoderados de de las partes impugnaran tal conclusión.

Ahora bien, y en relación con la organización **SINTRAELECOL** encontramos certificación a folio 427 que data del 31 de enero de 2018, en la que tal organización sindical manifiesta que ya el trabajador demandado NO goza de la condición de afiliado **desde el 06 de abril de 2016**. En igual sentido la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en la sentencia aludida señaló que, a folio 110 de dicho expediente

obraba certificación del 12 de febrero de 2018, en la que se hacía mención de la misma situación señalada, esto es, que el accionado ya no hacía parte de la Junta Directiva de la organización sindical, y que, de ello, inclusive obraba constancia de depósito.

Así mismo, existe carta de **SINTRAELECOL** del 06 de abril de 2016 donde se pone de presente que el demandante en virtud de la Resolución 0121116 del 04 de diciembre de 2015 sería separado de su cargo (fl.426).

Por tanto, y dado que la justa causa que se implora, así como el proceso disciplinario que se inició fue por hechos acaecidos **entre el 16 de septiembre y el 14 de diciembre de 2017**, (hechos décimo octavo a sexagésimo primero- fls.5 a 12), esto es, cuando el demandante ya no ostentaba el cargo de Secretario de Educación y Asuntos Energéticos y Jurídicos en SINTRAELECOL, aunado a que mediante sentencia judicial del 27 de agosto de 2018, **se ordenó la cancelación del registro sindical junto con la personería jurídica de la organización sindical SUMATE** se considera que le asiste razón al Juez de Primera Instancia al considerar que no estaba amparado por fuero sindical y que no debía en consecuencia proceder al estudio de la justa causa.

Lo anterior, por cuanto la acción de fuero sindical si bien deriva de la estabilidad laboral que el legislador consagra en los artículos 405 a 408 del C.S.T, está instituida para proteger los derechos de libertad sindical y el derecho de asociación, en ese sentido, brinda estabilidad especial a ciertos trabajadores, y tiene por finalidad, que se funden nuevos sindicatos, o defender la existencia o supervivencia de los ya constituidos, por lo que su propósito, más que proteger el interés personal del trabajador aforado, es el de garantizar el derecho de asociación sindical en su conjunto.

En palabras de la H. Corte Constitucional, la garantía foral "*está ligada con la protección al ejercicio del derecho de asociación sindical, cuya finalidad es procurar que los sindicatos mediante sus representantes puedan ejercer la función para la cual fueron constituidos, esto es, la defensa de los intereses económicos y sociales de sus afiliados*" (sentencia T-096 de 2010); o sea, dicha garantía en principio es para respaldar la actuación del sindicato y en segundo lugar, la estabilidad laboral de los representantes del sindicato (sentencia T-733 de 2011).

Es así como, para despedir, desmejorar o trasladar a un trabajador aforado, el empleador debe adelantar este proceso especial con miras a obtener el permiso judicial correspondiente para levantar la garantía foral, por lo que el estudio de la justa causa de terminación del contrato se realiza con el fin principal de lograr tal levantamiento foral sindical, empero como quedó dicho que, para la fecha de los hechos por los que se pretende despedir al trabajador, éste ya no gozaba de ninguna garantía foral , hecho que además, se advierte, no fue objeto alguno de impugnación, la acción como fue encaminada, esto es, a través el proceso de fuero sindical perdió su objeto al no existir garantía por levantar.

Las anteriores razones son suficientes para **CONFIRMAR** en su totalidad la sentencia impugnada.

**Costas**

El artículo 365 del CGP establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, como lo fue en este caso la parte actora, por lo que las de primera instancia deben confirmarse, pues su imposición es objetiva y se encuentran causadas.

En esta instancia no se impondrán costas.

## V.I DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**R E S U E L V E**

**PRIMERO**. – **CONFIRMAR** la providencia.

**SEGUNDO.** – Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**DAVID A.J CORREA STEER**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**
**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Sustanciadora

Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 008

## I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de mayo de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **JOSÉ NÉSTOR ACOSTA** promoviese contra **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P.**

## II. ANTECEDENTES

### 1. HECHOS.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende el reconocimiento y pago de una pensión convencional, teniendo en cuenta la totalidad de factores salariales establecidos convencionalmente debidamente indexados y todo lo que constituye salario (primas legales y extralegales, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, quinquenio, prima de retiro, prima de alimentaciones, y las primas especiales contenidas en el artículo 42 de la Convención Colectiva de Trabajo), a partir del 09 de marzo de 2011.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta, que trabajó para la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES TOLIMA-, S.A-** E.S.P., -en adelante **TELETOLIMA** - en dos periodos a saber: del 21 de julio de 1981 al 20 de septiembre de 1981, y del 06 de octubre de 1981 al 28 de

abril de 2006; que estaba afiliado al Sindicato Regional de Trabajadores de la Industria de las Telecomunicaciones y los Servicios Públicos del Tolima, en adelante **SINTRAOFITEL**; que prestó sus servicios por más de 20 años, que tiene más de 50 años de edad, e ingresó a laborar antes del 31 de enero de 1996, requisitos que establece la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre **TELETOLIMA** y **SINTRAOFITEL** para acceder a la pensión de jubilación; y que la Ley 28 de 1943 establece que para obtener la pensión de jubilación de que trata el artículo 16 de la Ley 2 de 1932 se requiere que el trabajador haya prestado sus servicios en las empresas de servicios postales durante 20 años y que la edad no sea inferior a 50 años.

**2. RESPUESTA DE LA DEMANDA.**

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

**UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P** (fls. 142 a 154), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó: " a partir del Acto Legislativo 01 de 2005 las pensiones se causan siempre y cuando se reúnan todos los requisitos para causar las pensiones y de conformidad con las leyes del sistema general de pensiones, ausencia de fundamentos jurídicos, prescripción y buena fe".

Expuso, que los acuerdos convencionales perdieron vigencia el 31 de julio de 2010 por la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005; que el accionante cumplió la edad de 50 años el 09 de marzo de 2011; y que por lo anterior, el accionante no contaba con un derecho adquirido.

Explicó que, la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre **TELETOLIMA** y **SINTRAOFITEL** establecía que se debía para presentar la solicitud de pensión y los documentos para su trámite seis meses antes de cumplir el estatus de pensionado.

Señaló que, la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre **TELETOLIMA** y **SINTRAOFITEL** establecía que sólo es posible reconocer la prestación a los trabajadores que se encuentren en servicio activo.

Finalmente expresó que, en caso de reconocerse la prestación, se debe declarar el fenómeno prescriptivo de las mesadas causadas que no hayan sido reclamadas dentro de los tres años posteriores a su exigibilidad.

**3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 04 de junio de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria.**

En síntesis, refirió el A Quo, que la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre **TELETOLIMA** y **SINTRAOFITEL** estableció tres requisitos para que haya lugar al reconocimiento de una pensión de jubilación: 1. Acreditar 20 años de servicios; 2. Cumplir la edad de 50 años; y 3. Se haya dado la vinculación del trabajador con anterioridad al 31 de enero de 1996.

Dijo que, la exigencia de cumplir 50 años edad no es un requisito de disfrute sino de causación, por lo que debía cumplirse antes del 31 de julio de 2010, pues a partir de tal data perdieron vigor las previsiones convencionales según el Acto Legislativo 01 de 2005; que la Corte Constitucional en sentencia **SU-555 de 2014**, explicó que después del 31 de julio de 2010 perdieron vigencia las pensiones convencionales, de modo que únicamente pueden acceder a ese tipo de prestaciones, las personas que hubieran cumplido sus requisitos pensionales antes de la referida fecha, pues posteriormente no se puede establecer que se configura una mera expectativa ni mucho menos un derecho adquirido.

Indicó que al cumplirse la edad de **50** años el **09 de marzo de 2011** no habría lugar al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación.

Finiquitó exponiendo que, en gracia de discusión, conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia sólo es posible que excepcionalmente la pensión se reconozca a trabajadores que no se encuentra activos, pues de extenderse tal prerrogativa a momentos posteriores a la terminación del contrato de trabajo, esto debe clara y explícitamente estipulado; y que el principio pro operario sólo opera frente a una incertidumbre de índole legal, y no en tratándose de situaciones fácticas.

**4. APELACIÓN DE SENTENCIA**

La activa expuso que la interpretación realizada por el A Quo no tiene ninguna relación de causalidad con el artículo 42 de la Convención Colectiva de Trabajo, pues esta establece que el trabajador podrá acceder a una pensión de jubilación cuando cumpla 20 años de servicios y 50 años de edad, sin que se establezca que el último requisito deba cumplirse en servicio activo.

Agregó que, el Estado decidió dar por terminado el contrato de trabajo del demandante, como consecuencia de la liquidación de **TELETOLIMA**, lo que ponía al actor en imposibilidad de cumplir el requisito de edad en servicio activo; y que se debió aplicar la regla del indubio pro operario, dado que, la interpretación más favorable al trabajador es la de tener que es dable acceder a la pensión cuando se cumplan 50 años de edad así no se esté en servicio activo, pues una interpretación contraria es favorecer al Estado quien liquidó **TELETOLIMA,** a fin de abstenerse de efectuar el pago de pensiones convencionales.

Indicó que, conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia es plausible reconocer la prestación cuando se cumple la edad de 50 años, entendiéndose la cláusula convencional sometida a la libre formación del convencimiento que rodea su lectura; y que el cumplimiento de la edad es un requisito únicamente para su exigibilidad.

Finalmente dijo que, el Acto Legislativo 01 de 2005 establece que se deben respetar todos los derechos adquiridos, como lo es el haber cumplido 20 años de servicios.

**5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 22 de febrero de 2021, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la demandada, quien reiteró los argumentos utilizados en su recurso de apelación.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es UGPP, se verificarán las condenas impuestas.

## III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si el demandante beneficiario de una pensión de jubilación de conformidad con la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre TELETOLIMA y SINTRAOFITEL.

**De la Pensión de jubilación convencional**

La pensión de jubilación convencional es una prestación económica que se encuentra establecida en una convención colectiva de trabajo, cuyo objeto es retribuir los servicios prestados durante la vida activa laboral de un trabajador a una empresa privada o una entidad del sector público.

**De las pensiones convencionales y el Acto Legislativo 01 del 2005**

El Acto Legislativo 01 de 2005 pretendió superar la proliferación y dispersión de requisitos y beneficios reflejada en regímenes pensionales autónomos y heterónomos que, en criterio del constituyente derivado, comprometían la sostenibilidad financiera del sistema y creaba situaciones de inequidad. Para ello se suprimieron los regímenes especiales y exceptuados, salvo el de la Fuerza Pública, el Presidente de la República y los demás expresamente abordados en ese acto reformatorio; se anticipó la finalización del régimen de transición, y paralelamente se consagró, a partir de su vigencia, la prohibición de establecer en «pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistemas general de pensiones.

Concretamente dicho Acto Legislativo, introdujo grandes modificaciones al Sistema General de Seguridad Social de Pensiones, una de las cuales fue la prohibición de pactar convencionalmente beneficios o requisitos pensionales.

En efecto, establece esta reforma constitucional que, en el marco de la obligación estatal de garantizar los derechos y la sostenibilidad misma del sistema pensional, a partir de su vigencia "no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones" (parágrafo 2°).

Así pues, en lo que específicamente guarda relación con la materia colectiva, la modificación constitucional abrogó la posibilidad de las partes de acordar, mediante pacto, convención o cualquier acto jurídico, reglas pensionales diferentes a las consignadas en el sistema general de pensiones. Sin embargo, para no afectar los derechos adquiridos y las expectativas legítimas de las partes respecto a la estabilidad de lo previamente acordado, dispuso un periodo transitorio, así:

> Parágrafo transitorio 3°. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.

**EL CASO EN CONCRETO**

**De lo probado en el proceso**

i) José Néstor Acosta nació el **09 de marzo de 1961**, tal y como da cuenta la cédula de ciudadanía y el registro civil de nacimiento obrantes a folio 4 a 6.
ii) El actor laboró para **TELETOLIMA** en dos periodos, esto es, del 21 de julio de 1981 al 20 de septiembre de 1981, y del 06 de octubre de 1981 al 28 de abril de 2006, según contrato de trabajo a término indefinido (fls. 7 y 8) y los formatos CLEBP visibles a folios 29 a 45.
iii) El accionante es miembro activo de **SINTRAOFITEL,** según certificación expedida por ésta obrante a folio 46.
iv) **TELETOLIMA** y **SINTRAOFITEL** celebraron la Convención Colectiva de Trabajo 2002-2003 (fls. 10 a 19).
v) El 08 de junio de 2015 el actor solicitó ante la **U.G.P.P.,** el reconocimiento de una pensión de jubilación convencional, siendo negada, según Resolución RDP 051090 de 2015 (fls. 20

En el sub examine, encontramos que el accionante solicita una pensión de jubilación con fundamento en la Convención Colectiva de Trabajo 2002-2003 celebrada entre su ex empleador **TELETOLIMA** y el sindicato **SINTRAOFITE.**

Al respecto, sea lo primero indicar que el artículo 1° de la Convención Colectiva 2002-2003 de Trabajo establece la cobertura de las prestaciones que contiene, señalando que "es aplicable a todos los trabajadores de carácter permanente de **TELETOLIMA S.A- E.S.P** con excepción de Gerente, Subgerentes, Secretario General y Auditor Interno" (fl. 10). Por tanto, el acuerdo convencional cobija al accionante al estar acreditado que laboró para **TELETOLIMA** en dos periodos, esto es, del 21 de julio de 1981 al 20 de septiembre de 1981, y del 06 de octubre de 1981 al 28 de abril de 2006, según contrato de trabajo y formatos CLEBP visibles a folios 7, 8, y 29 a 45; aunado a ello, el actor es miembro activo de la organización sindical **SINTRAOFITEL** celebrante de la convención colectiva de trabajo, según certificación expedida por ésta obrante a folio 46.

Sentadas las anteriores premisas, la Sala pasa a verificar la cláusula 42 de la convención colectiva suscrita entre **TELETOLIMA** y **SINTRAOFITEL**, por ser el fundamento de las pretensiones de la demanda. Al respecto, la citada norma indica:

"PENSIÓN DE JUBILACIÓN: Cuando un trabajador cumpla veinte (20) años o más de servicios continuos o discontinuos al servicio de la Empresa, tenga cincuenta (50) años de edad y haya sido vinculado a la empresa por contrato de trabajo a término indefinido con anterioridad al 31 de enero de 1996, adquirirá el derecho a la pensión de jubilación.

Los trabajadores se comprometen a presentar ante la Empresa la solicitud de pensión de jubilación y los documentos para su trámite seis (6) meses antes de cumplir el estatus de pensionado.

PARÁGRAFO 1: Cuando un Trabajador(a) cumpla diecinueve (19) años o más continuos al servicio y cuarenta y nueve (49) años o más de edad, TELETOLIMA ESP le reconocerá un excedente equivalente a un treinta y cinco (35%) por ciento del promedio de la liquidación del año inmediatamente anterior de su sueldo, prima de vacaciones, prima de navidad y subsidio de transporte, hasta cuando la entidad respectiva le decrete la pensión de jubilación.

Si el trabajador no presenta los documentos requeridos perderá este derecho.

PARÁGRAFO 2: TELETOLIMA S.A. E.S.P. incrementará el sueldo en un cinco (5%) por ciento al trabajador (a) que cumpla veinte (20) años de servicios y cuarenta y ocho (48) años de edad.

PARÁGRAFO 3: Los anteriores beneficios solo se reconocerá a los trabajadores que tenga contrato de trabajo suscrito con Teletolima S.A. E.S.P. a término indefinido, hasta el 31 de enero de 1996. Los trabajadores que ingresen a la empresa con posterioridad a esta fecha se regirán por las normas legales vigentes en materia de pensión de jubilación" (fls. 17 y 18).

Así las cosas, el entendimiento que se logra deducir de la norma es que contiene tres requisitos para que se pueda acceder por parte del trabajador al reconocimiento de una pensión de jubilación a cargo de la UGPP, estos son: i) que se alcance la edad de 50 años; ii) se acumulen 20 años de servicio y; iii) que el trabajador se hubiera vinculado mediante contrato a término indefinido con anterioridad al 31 de enero de 1996.

Al respecto, es claro que el accionante prestó por más de 20 años sus servicios pues, como se dijo, laboró en dos periodos, esto es, del 21 de julio de 1981 al 20 de septiembre de 1981, y del 06 de octubre de 1981 al 28 de abril de 2006 (fls. 7, 8, y 29 a 45), lo que equivale a 25 años, 8 meses, y 22 días. En igual sentido, en el contrato de trabajo obrante a folios 7 y 8 se encuentra que el accionante laboró mediante la modalidad de contrato a término indefinido y que su última vinculación fue antes del 31 de enero de 1996, pues inició labores el 06 de octubre de 1981.

Ahora bien, en lo que respecta al **requisito del cumplimiento de la edad,** ha sido la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia quien ha establecido que resulta razonable el entendimiento que hizo el sentenciador de primer grado, es decir, que la edad de 50 años se debe cumplir por parte del trabajador estando activo en sus servicios. Al punto, en sentencias, **SL625-2021 y SL1104-2021,** se dijo:

> "Frente a dicha cláusula, el juez de segundo grado explicó que contenía tres requisitos para acceder a la pensión: 50 años de edad, 20 años de servicio y haber sido vinculado mediante contrato a término indefinido con anterioridad al 31 de enero de 1996. Al constatarlos encontró que, si bien el actor tenía 20 años de servicio y había sido vinculado antes del 31 de enero de 1996, para el momento en que terminó el vínculo laboral no tenía la edad exigida por la convención, por lo que, cuando arribó a la edad de 50 años ya carecia de la calidad de trabajador activo; circunstancia esta que le impedía ser beneficiario de la prestación de jubilación reclamada.
> Pues bien, la Corte no advierte un dislate en el entendimiento que hizo el Tribunal de la citada cláusula menos con el carácter de ostensible. De hecho, estima que se trata de una apreciación razonable y plausible teniendo en cuenta que la misma se refiere expresamente al *«trabajador»* y que cumpla 20 años o más de servicios a la Empresa. Además, el texto consagra que tal prerrogativa pensional *«solo se reconocerá a los trabajadores que tengan contrato de trabajo»* indefinido suscrito hasta el 31 de enero de 1996, así como que *«Los trabajadores»* deben presentar ante la empresa la solicitud de pensión de jubilación, junto con la documentación con una anticipación de 6 meses antes de *«cumplir el estatus»* de pensionado. Todas estas expresiones de manera razonable permiten entender que el cumplimiento de la edad, en este caso particular, debía acontecer cuando se tuviera la calidad de trabajador, esto es, durante la vigencia del vínculo laboral".

En cuanto al tema referente a que fue el **Estado quien decidió dar por terminado el contrato de trabajo del accionante** al ordenar la liquidación de la entidad, impidiéndole cumplir el requisito de edad laborando al servicio de **TELETOLIMA**, la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, en las citadas sentencias (SL625-2021 y SL1104-2021) también explicó que la cláusula 42 de la convención colectiva de trabajo no contiene ninguna salvedad ni contempló consecuencias derivadas de la terminación sin justa causa del contrato de trabajo antes de que se cumpliera la edad pensional o el tiempo de servicios; que se está frente a una pensión de jubilación, no una pensión sanción; que de acuerdo al artículo 467 del C.S.T las convenciones colectivas de trabajo son acuerdos de voluntades que regulan las condiciones laborales que han de regir los contratos individuales de trabajo durante su vigencia, por lo que las disposiciones pactadas se aplican mientras conserven su vigor y se encuentre rigiendo la relación laboral, salvo que las partes decidan extender sus efectos; y que cuando una norma convencional presenta varias interpretaciones, si la escogida por juzgador resulta razonable no se incurre en yerro alguno. Así lo explicó la H. Corte Suprema de Justicia:

"Ahora bien, en punto a lo señalado por la censura respecto a que, el haber terminado su contrato de forma injusta por la liquidación de la empresa, le impidió cumplir la edad de 50 años estando en servicio activo, la Corte encuentra que la cláusula 42 no previó ninguna salvedad que pueda invocarse respecto de la acreditación de los requisitos allí exigidos, como la terminación injusta del contrato de trabajo, ni determinó que tal circunstancia incidiría de alguna manera, al punto que no previó alguna consecuencia derivada del despido injusto ocurrido antes de cumplir la edad o el tiempo de servicios. Y ello se explica en que la prestación allí regulada corresponde a una pensión de jubilación y no a una pensión sanción, pues, frente a la primera no resulta relevante la forma de culminación de nexo laboral, a diferencia de la segunda.

Además, de acuerdo con el artículo 467 del CST las convenciones colectivas de trabajo son acuerdos de voluntades celebrados entre una organización sindical y un empleador, para regular las condiciones laborales que han de regir los contratos individuales de trabajo durante su vigencia. Por lo anterior, en principio, las disposiciones que las partes pacten en virtud de la negociación colectiva deben entenderse que tienen vocación de ser aplicadas a situaciones existentes durante el lapso que conserven su vigor, pues una vez culminado el vínculo laboral, cesan las obligaciones recíprocas, salvo que las partes en el acuerdo extralegal hubieran decidido extender sus efectos para cuando el nexo ya se hubiese extinguido (CSJ SL2568 -2018), aspecto que no es el que se aprecia en el presente caso.

En este sentido se ha pronunciado esta corporación, entre otras, en las sentencias CSJ SL, 23 en. 2008, rad. 32009, reiterada en CSJ SL8655-2015 y CSJ SL609-2017 y SL1035-2018. Así se adoctrinó:

Conviene agregar que en principio es cierto que legalmente se descarta la extensión de las disposiciones convencionales a situaciones acaecidas después de terminados los contratos de trabajo en tanto así lo consagra el categórico imperativo legal del artículo 467 del C.S. del T., sin embargo, es posible que las partes, dentro de su autonomía, acuerden dicha extensión, sin que ello sea per se contrario al orden público o a normas superiores-, considera sin embargo, que en tales eventos la obligación debe quedar expresa y explícitamente estipulada, precisamente por ser una excepción al principio legal contenido en la norma que se acaba de señalar, que impone el deber de su consagración manifiesta, clara e inequívoca.

Son las partes a quienes les corresponde fijar el sentido y alcance de los acuerdos convencionales y, desde luego, excepcionalmente, a los jueces laborales, teniendo en cuenta la preceptiva contenida en el artículo 61 del CPTSS. En aplicación de esa normativa, la Corte ha explicado que cuando una norma de naturaleza convencional permite razonablemente varias interpretaciones, frente a cualquiera que escoja el juzgador de instancia, no se incurre en yerro alguno con la connotación de manifiesto (CSJ SL4485-2018, CSJ SL953-2019).

> En efecto, esta Sala ha precisado que *«la convención colectiva cuenta con un marco de interpretación razonable, que le da autonomía a las partes y al juez para decidir lo más adecuado, de entre varias opciones plausibles»*, pero que, a la vez, niega la validez de lecturas no aceptables, que *«traicionan abiertamente el contexto en el que se producen o que resultan ilógicas, irrazonables y desproporcionadas»*.
>
> En ese sentido, la apreciación de las convenciones colectivas de trabajo no puede ser plenamente libre o arbitraria para las partes, de manera que conduzca a cualquier resultado, *«sino que debe inscribirse dentro de un contexto jurídico y social preciso, al que debe guardar lealtad y con el que debe conjugarse de manera consecuente y armónica, más cuando se trata de la administración de recursos de naturaleza pública»* (CSJ SL351-2018).
>
> De tal suerte que, si las partes no establecieron expresamente que la prestación regulada en la cláusula 42 de la convención colectiva 2002-2003 podía causarse con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, el entendimiento razonable que debe hacerse respecto de esta es que, el derecho procede siempre y cuando se reúnan los requisitos, esto es, una vinculación mediante contrato de trabajo a término indefinido antes del 31 de enero de 1996, así como la edad y tiempo de servicios mientras esté en vigor el vínculo laboral, tal y como lo consideró el Tribunal, sin apartarse del texto convencional.
>
> Así, resultó razonable el entendimiento que le imprimió el colegiado a la norma convencional, dado que los acuerdos colectivos tienen como propósito fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, por lo que, al no existir un acuerdo concreto entre las partes que expresamente amplíe la vigencia de tales estipulaciones a los extrabajadores, no había lugar a predicar una excepción inexistente".

En igual sentido, la H. Corte Suprema de Justicia agregó que **la edad es un requisito de causación y no de exigibilidad** porque en tratándose de pensiones extralegales, el acuerdo al que se allegue sobre tal situación depende de lo que las partes acuerden; y que no puede concebirse razonablemente que la cláusula que fundamenta el derecho pretendido haya previsto que la edad fuera un requisito de mera exigibilidad (sentencias SL625-2021 y SL1104-2021).

Por otra parte, la Alta Corporación en Sala de Casación Laboral, en sentencia del 23 de enero de 2009, **Rad. 30077**, reiterada el 14 de agosto de 2013 y 09 de septiembre de 2015, **Rads. 51573 y 47803**, respectivamente, así como en la sentencia **SL5103-2020**, manifestó que a partir de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 no se puede acordar en pactos, convenciones colectivas, laudos o acto jurídico alguno, regímenes pensiónales diferentes a los establecidos en las leyes que regulan el sistema general de pensiones, por lo que, no es lícito que los convenios colectivos de trabajo o actos jurídicos de cualquier clase establezcan sistemas

pensionales distintos al implementado por la ley, aun cuando sean más favorables a los trabajadores.

En igual sentido, la H. Corte ha expuesto que en virtud del **Acto Legislativo 01 de 2005**, los convenios colectivos, laudos o acuerdos mantienen su vigencia por el término inicialmente estipulado; que no pueden pactarse condiciones pensionales más favorables a las que se encontraren vigentes; y que en todo caso tales condiciones pierden vigencia el 31 de julio de 2010.

Precisado lo anterior, así como el alcance constitucional del Acto Legislativo 01 de 2005, tenemos que la apreciación realizada por el Juez de Primera Instancia en este sentido también es acertada, pues el requisito de edad debió acreditarse antes del 31 de julio de 2010, nótese cómo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias aludidas explica que el cumplimiento de la edad debía acontecer cuando se tuviera la calidad de trabajador, por lo que, en tal entender, debía acreditarse conjuntamente el requisito de la edad y el de prestación de servicios para poderse solicitar la prestación pensional.

Finalmente, y en relación con el alegado desconocimiento del principio del in dubio pro operario, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia explicó en las aludidas sentencias SL625-2021 y SL1104-2021, que aplicaría en el asunto bajo el supuesto de existir dos o más interpretaciones sólidas contrapuestas; y que no es cualquier choque interpretativo el que da lugar a aplicar los principios de favorabilidad o in dubio pro operario, sino aquel originado a partir de dos o más interpretaciones firmes y bien fundamentadas o estructuradas, hipótesis que no se configuran en el sub examine, lo que descarta la aplicación del mencionado principio.

Conforme a lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia venida en apelación por encontrarse ajustada a derecho.

## IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

## V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

**R E S U E L V E**

**PRIMERO**. – **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO. -** Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA** **DAVID A.J CORREA STEER**

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de $ 450.000 a cargo de la parte actora.

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**
**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Sustanciadora.

Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 008

## I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA Y DAVID A.J, CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver los Se deciden los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por las apoderadas de la parte actora y Porvenir S.A, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de enero de 2018 dentro del proceso ordinario laboral que ADELA ASTRID MONROY OMAÑA promoviese contra COLPENSIONES, y PORVENIR S.A.

## II. ANTECEDENTES

### 1. HECHOS

En lo que interesa para resolver la instancia, la actora pretende se declare sin efectos el traslado de régimen que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Porvenir S.A. Como consecuencia de ello, solicita que se trasladen los aportes cotizados en esa entidad y en las cuantías en que hubieren correspondido en el régimen de prima media; el reconocimiento y pago de una pensión de conformidad con lo dispuesto en la Ley 33 de 1985; e intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta en síntesis, la falta de información por parte de Porvenir S.A, al momento de efectuarse el correspondiente traslado, así como el cumplimiento de los requisitos para acceder a una pensión conforme a la Ley 33 de 1985.

## 2. ACTUACIÓN PROCESAL.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**Colpensiones** (fls. 130 a 137), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, y la innominada o genérica.

Expuso que la actora se trasladó de forma libre y voluntaria, lo que plasmó al firmar el formulario de afiliación conforme al Decreto 692 de 1994.

Por su parte, **Porvenir S.A (fls. 151 a 170),** también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación a cargo de mi representada, cobro de lo no debido, prescripción, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, buena fe y compensación.

En su defensa expuso que brindó la información necesaria para que la accionante efectuara su traslado, que la decisión de la demandante fue libre y voluntaria, se le brindó información clara y precisa, lo que quedó plasmado en el formulario de afiliación.

Así mismo afirmó que, la Superintendencia Financiera de Colombia mediante Concepto N° 2015123910-002 expresó que el deber de asesoría en los términos que los plantea la parte actora únicamente fue previsto con la Ley 1748 de 2014.

Agregó que, la demandante no tiene más de 15 años de cotización al ISS a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, para que pueda retornar a Colpensiones conforme la sentencia SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013.

Enunció que, la demandante se encontraba en la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional, quien fue reemplazada por el nuevo fondo de pensiones de la universidad.

Explicó que, no era posible realizar proyecciones, dado que no era posible a largo plazo, pues para tal momento no se contaba con suficientes datos para llevarla a cabo.

Expresó que, se encuentra prescrita la posibilidad de declarar la nulidad del traslado, pues han pasado más de tres años desde la afiliación.

Afirmó, además, que en el caso de marras, operó la *cosa juzgada*, ya que, en sentencia del Juzgado 36 Penal del Circuito con Función de Conocimiento dentro del proceso 2015-077, en sede de tutela se tomó una decisión sobre las pretensiones que se ventilan en el presente proceso.

**3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

El ***A quo*** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

***PRIMERO. – DECLARAR*** *la nulidad e ineficacia del traslado de régimen pensional que hizo la demandante del ISS a Porvenir S.A realizado el 10 de mayo de 2000*

***SEGUNDO. - DECLÁRESE*** *válidamente vinculada la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por Colpensiones*

***TERCERO. - CONDÉNESE*** *a Porvenir S.A a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad*

***CUARTO. - ORDÉNESE*** *a Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral, y proceda a realizar el estudio del derecho pensional bajo las normas que regulen el régimen de prima media con prestación definida*

***QUINTO. - DECLÁRENSE*** *no probadas las excepciones planteadas por las accionadas*

En síntesis, el A Quo refirió que la accionante al 01 de abril de 1994 si bien tenía más de 35 años no contaba con 15 años de servicios, para considerar que recuperó el régimen de transición.

Explicó que, la primera afiliación valida de la actora al ISS fue para el año 1998, tal y como aparece en la historia laboral, por lo que, al realizarse traslado en mayo de 2000, es claro que ni siquiera se cumplieron los tiempos mínimos de permanencia de la época que era de tres años.

Dijo que no se avizoraba la existencia de una nulidad absoluta, pues no se está frente a una causa u objeto ilícito, además que no se observa que se hubiera inobservado un requisito que sea indispensable para celebrar el acto; y que la accionante era capaz.

Expuso que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia la carga de la prueba de acreditar que se brindó la correspondiente información al afiliado recae en cabeza de los fondos privados, se demostró que la actora no contaba con la ilustración suficiente para tomar la decisión de su traslado de forma informada pese a que se firmó formulario de afiliación, lo que configura un dolo.

Agregó que, si bien la Caja de la Universidad Nacional se encuentra liquidada, estos aportes fueron enviados, entre otras entidades, a Colpensiones; la actora al momento de traslado contaba con alrededor de 900 semanas; que se deben devolver todos los valores recibidos por los fondos privados; y que no operó prescripción, ya que, estamos frente a un derecho conexo a seguridad social.

Finalmente indicó que, la actora sigue realizando aportes al sistema, y que una vez ingresen los aportes se deberá estudiar la pensión de conformidad con la normatividad que se encuentre vigente.

## 4. APELACIÓN

**Parte actora.** Se mostró parcialmente inconforme con la decisión del A Quo, al estimar que es posible reconocer la pensión de vejez de conformidad con el régimen de transición, pues existen todos los elementos para reconocer la prestación, reposan en el expediente todos certificados de bonos pensionales, donde constan los tiempos que la actora laboró en el sector público y los factores salariales.

Agregó que en el expediente obra historia laboral, donde se encuentran los aportes con Colpensiones y con el fondo privado, con los cuales se acredita que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, una de las razones que llevaron a declarar la ineficacia del traslado.

Indicó que la pensión se pretendió desde el 21 de julio de 2013, fecha a partir de la cual, la demandante cumplió los requisitos de edad y tiempo de servicios conforme a la Ley 33 de 1985. Aunado a ello, se hizo solicitud de pensión pese a que no obra retiro, y no podía ella retirarse, pues Porvenir S.A la obligó a seguir cotizando para acrecentar el capital en su cuenta.

Expresó que, la Corte Suprema de Justicia no se limita a que obre el retiro, sino que es necesario analizar que existan una variedad de indicios para tener la fecha del reconocimiento prestacional.

Finalmente expuso que, no se debe conocer el asunto en consulta por cuanto ninguna pretensión le es adversa a los intereses de Colpensiones.

**Porvenir S.A.** Indicó que, no es posible considerar que opera *nulidad o ineficacia del traslado*, ya que, el Decreto 692 de 1994 establece que quienes se encuentren afiliados a una Caja de Previsión Social podían afiliarse al ISS, sin cumplir los términos mínimos de traslado, tal y como lo refiere el artículo 11, por lo que no era necesario que la demandante estuviera tres años en el I.S.S., para realizar su cambio de régimen.

Expuso que, no se entiende cómo durante 15 años la demandante no se preguntó sobre una decisión tan trascendental como su pensión, siendo abogada, pues no acudió a punto de información, no verificó extractos, hay una negligencia de parte de ella, pues la ley explica cada uno de los regímenes pensionales.

Dijo que, no existe prueba de la que se pueda establecer la omisión en el deber de información, por demás que, el formato de afiliación señala que la accionante fue informada de forma clara y precisa.

Enunció que, los gastos de administración no están incluidos dentro del aporte y son voluntarios.

Finalmente adujo que, la actora se vinculó hace más de 15 años, operando prescripción; y que no se estableció que la pensión con Colpensiones fuese superior en contraste con la de Porvenir, por lo que, no se puede establecer la existencia de una desmejora en su pensión.

**5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de febrero de 2018, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por apoderados de ambas partes, oportunidad en la que se ratificaron en las razones de sus apelaciones frente a la sentencia de primera instancia.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

## III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?, y ¿hay lugar al reconocimiento de una pensión conforme las previsiones de la Ley 33 de 1985?

**CONSULTA DE LA SENTENCIA**

El artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, por lo que, le asiste el deber a esta instancia judicial de verificar las condenas impuestas, más aún cuando se entiende que la

sentencia no cobra ejecutoria hasta tanto se resuelve el grado jurisdiccional en estudio (Sentencia del 24 de abril de 2013, Rad. 59595; STL7382-2015 y SL3121-2019-, entre otras)

En el asunto que se resuelve, nótese que en el numeral cuarto de la sentencia se le ordenó a Colpensiones que una vez ingresaran a sus cuentas los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, se debía actualizar la información en su historia laboral, y a efectuar el estudio del derecho pensional bajo las normas que regulen el régimen de prima media con prestación definida, condena que es necesario observar.

Bajo las anteriores premisas y contrario a lo expuesto por la activa en su recurso, deviene claro que la sentencia debe surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, pues de un lado fue obligada a recibir los aportes, rendimientos y cuotas de administración que la actora efectuó en un fondo privado, y de otro, le fue ordenado que una vez ello fuese un hecho, procediera a efectuar el estudio pensional pertinente en aras a determinar el derecho a una pensión bajo las normas que regulan el Régimen de Prima media.

**INEFICACIA DEL TRASLADO**

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado "buen consejo" la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838),** la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia, entre otros.

**a) Sobre el deber de información,** en la sentencia citada quedó dicho:

*"El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:*

| Etapa acumulativa | Normas que obligan a las administradoras de pensiones información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|---|---|---|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br><br>Decreto 2241 de 2010 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |

| | | |
|---|---|---|
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n. 0 016 de 2016 | Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

*1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible. Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

*Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.*

*Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado".*

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003 por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

**b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado,** la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

*"(...)*
*2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado*

*Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.*

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre U voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

*Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:*

*(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

*Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.*

*Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado".*

**c) En cuanto a la carga de la prueba:** También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explícita así:

*"En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.*

*...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

*Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.*

**d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos,** la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

*"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.*

*De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.*

*Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."*

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del

deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

**EL CASO CONCRETO:**

**Frente a la ineficacia del traslado pensional**

Descendiendo al caso bajo estudio, se encuentra que: i) la activa se afilió al Régimen de Prima Media el 18 de marzo de 1998 según formato CLEBP e historia laboral de Colpensiones obrantes a folios 88, 90 y 104; ii) que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a través de A.F.P. Porvenir S.A el día el 10 de mayo del año 2000 (fl. 171) a efectos de trasladarse de régimen pensional; iii) Que solicitó nuevamente cambio de régimen pensional el día 13 de junio de junio de 2014 pero le fue negada por los fondos accionados (fls. 80 a 82).

A folio 171 se observa el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 10 de mayo de 2000 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado*[1]

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose la pasiva en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio, pues si bien al surtirse el interrogatorio de parte la demandante manifestó que el asesor de Porvenir S.A le comentó sobre algunas de las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, especialmente la posibilidad de pensionarse con una mesada mejor en contraste con el régimen de prima media, dichas afirmaciones no pueden comportar confesión alguna que la desfavorezca, dado que no se encuentra que se le hubiera explicado la forma de acceder a tal beneficio ni mucho menos las desventajas que le podría acarrear trasladarse de régimen.

[1] SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la A.F.P encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

En cuanto a que la demandante debía conocer la ley o en otras palabras que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, dicho principio del derecho no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la **negligencia de la actora** al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular.

Frente a la declaratoria de ineficacia, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

> *"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*
>
> *Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*
>
> *Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.*

*La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibro de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.*

*Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."*

Es por ello por lo que, acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado, no siendo así con la nulidad, de manera que, se **MODIFICARÁ el numeral primero**, en el sentido de establecer que se declara únicamente **la ineficacia** del traslado.

Frente a la inconformidad de la AFP Porvenir S.A respecto de la orden de devolución de cuotas o gastos de administración que ordenó efectuar el A Quo, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

*"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

Así las cosas, el efecto de devolver las cosas al estado anterior, al declararse la ineficacia no es otro que aquel en el que la Administradora de Pensiones devuelva los gastos de administración y comisiones que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

**Frente a la pretensión de pensión de jubilación - Ley 33 de 1985**

La demandante pretende, además de la declaratoria de ineficacia de su traslado de régimen, que se condene a Colpensiones al reconocimiento de la pensión de jubilación con base en la Ley 33 de 1.985. Por lo anterior se duele que el juez de primer grado no haya ordenado el reconocimiento de la prestación dado que, en su sentir se daban los elementos para ello, advirtiendo además que la inclusión en nómina debe hacerse en fecha anterior, en tanto que siguió cotizando por lo que entiende la Sala alega como una inducción al error por parte de la Administradora de Pensiones privada.

Al punto, vale precisar que si bien la actora se encontraba afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la A.F.P. Porvenir S.A.; que se confirma la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia de su traslado de régimen pensional; y que por lo anterior, la demandante se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones, entidad que deberá asumir el pago de la pensión que eventualmente le corresponda; lo cierto es que sólo cuando Colpensiones reciba la totalidad del capital y/o dinero proveniente del régimen de ahorro individual, y se vean reflejados en el reporte de historia laboral la totalidad de las semanas de la accionante, podrá ésta solicitar la corrección de su historia laboral si a bien lo tiene, o en su defecto solicitar el reconocimiento y pago de la pensión aquí pretendida.

En consecuencia, se considera que le asiste razón al A Quo en la decisión de que se deberá estudiar la prestación a cargo de Colpensiones, una vez reciba la totalidad del capital y/o dinero proveniente del régimen de ahorro individual.

## IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

## V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, Segunda de decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

**R E S U E L V E**

**PRIMERO. – MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de establecer que únicamente se DECLARA LA INEFICACIA DEL TRASLADO de régimen pensional que hizo Adela Astrid Monroy Omaña a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A

**SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

**TERCERO. – SIN COSTAS** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**DAVID A.J. CORREA STEER**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**
**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**
Magistrada Sustanciadora.

Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 008

## I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A.J CORREA STEER, a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por Saludvida E.P.S., a través de su apoderada judicial, en contra de la sentencia proferida el 14 de mayo de 2019 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que la E.S.E. INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA promoviese en contra de la recurrente.

## II. ANTECEDENTES

### 1. HECHOS

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende el pago de facturas por concepto de prestación de servicios de salud por valor de $220'864.667, junto con sus correspondientes intereses moratorios.

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumenta, que durante los años 2013 a 2015 prestó sus servicios a favor de SALUD VIDA E.P.S., generándose la correspondiente facturación por estos, sin que se hubiera accedido a su reconocimiento; que las facturas fueron glosadas por la demandada con el motivo "TARIFAS"; y que, si bien no existió contrato de prestación de servicios entre las partes, es la Ley la que autoriza el cobro de servicios que se prestaron con base en tarifas del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, en adelante S.O.A.T.

### 2. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

**SALUDVIDA E.P.S.** (fls. 417 a 423), se opuso a las pretensiones de la demanda.

Indicó que, es cierto lo referente a que se prestaron unos servicios por parte del Instituto Nacional de Cancerología, empero que, para la época de tales hechos, no tuvo ningún contrato de prestación de servicios con tal entidad.

Agregó que, tenía contrato de prestación de servicios con RGC Asesores y Consultores en Salud S.A., con el objeto de *"ejercer mediante experiencia profesional y técnica la prestación de servicios de a) auditoría concurrente en las IPS priorizadas por la Gerencia nacional de salud, b), auditoría retrospectiva y auditoría de la capacitación, en las IPS contratadas pro SALUDVIDA S.A E.P.S bajo la modalidad de evento y capitación, y c) Procesamiento de la información de las actividades de promoción y prevención"*.

Finalmente expuso que, las facturas fueron glosadas por carencia de soportes o por haber sido presentados soportes incompletos respecto de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, en adelante, POS.

**3. SENTENCIA**

La ***A quo*** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos (fls. 492 a 496):

> (...) **SEGUNDO. -ACCEDER PARCIALMENTE** a las pretensiones formuladas por la apoderada de la ESE INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA, en contra de SALUDVIDA EPS
>
> **TERCERO. – ORDENAR** a SALUDVIDA EPS pagar a favor de la ESE INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA, la suma de $187'179.758, correspondiente a las 21 facturas discriminadas en la revisión técnica que hace parte del proceso (folio 492), tal y como lo indica el acápite 7.1.2., dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.
>
> **CUARTO. - ORDENAR** a SALUDVIDA EPS a pagar a favor de la ESE INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA, la suma de $9'368.987 por concepto de agencias en derecho, dentro de los cinco días siguientes la ejecutoria de esta providencia.
>
> **QUINTO. - ORNDENAR** a SALUDVIDA EPS pagar a favor de la ESE INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA, los intereses moratorios causados sobre las 21 facturas, hasta la fecha en que se realice el pago del mismo, los cuales deben ser liquidados a la tasa de interés moratorio

establecida en los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para el periodo de pago.

**SEXTO. - DENEGAR** el pago de las facturas a las que hace relación el acápite 7.1.1 DEVOLUCIONES Y GLOSAS FUNDADAS, por valor de $33'684.909, las cuales se encuentran discriminadas en el archivo Excel "Revisión Técnica Proceso J-2016-1425, que obra a folio 492 del paginario.

**SÉPTIMO. - DENEGAR** las solicitudes de pruebas documentales y testimoniales, solicitadas por la demandada, indicadas en el acápite 3.1

En síntesis, refirió que conforme a la revisión técnica proceso J-2016-1425, resultó que era improcedente el reconocimiento de las facturas con los radicados 3518824, 3690121 y 3846934, pues las glosas formuladas por SALUDVIDA EPS eran fundadas.

Señaló que, en la revisión técnica proceso J-2016-1425, en lo referente a las 21 facturas restantes, resultó que las glosas formuladas por SALUDVIDA EPS EPS eran infundadas; que al no existir un contrato de prestación de servicios entre las partes, la tarifa aplicable, deber ser el manual tarifario SOAT vigente para la fecha de prestación del servicio; que por lo anterior, hay lugar al pago de $187'179.758; y que no obra prueba de la que se pueda desprender que se pagaron algunas de las facturas objeto de condena.

Finalmente explicó que hay lugar a intereses moratorios, ya que las facturas objeto de condena fueron radicadas dentro de los seis meses posteriores a la prestación del servicio, conforme a lo establecido en el artículo 24 del Decreto 4747 de 2007, en concordancia con lo previsto en el artículo 7° del Decreto Ley 1281 de 2002.

**4. APELACIÓN** (CD-fl.515)

Adujo que existe una carencia del objeto de las pretensiones de la demanda, como quiera que se efectuaron los pagos de las facturas que fueron objeto de condena, de modo que se está frente a un hecho superado, y se podría incurrir en un doble pago de confirmarse la condena.

Indicó que no hay lugar a intereses moratorios, ya que desapareció la causa que daba origen al reconocimiento de estos, de manera que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Expresó que se debe absolver por concepto de agencias en derecho, pues no existe norma que establezca que resulta procedente tal condena.

Concluyó explicando que los dineros que administra son de naturaleza parafiscal, por lo cual este tipo de decisiones no guardan coherencia con el sistema general de seguridad social en salud, ya que al Estado se le impone el deber de abstenerse de adoptar decisiones que puedan afectar la prestación del servicio y la garantía fundamental del derecho a la salud.

## 5. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA:

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado; igualmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

## III. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver, definir si existe carencia actual de objeto respecto de la petición que elevó la parte actora y si hay lugar al reconocimiento y pago de los intereses moratorios y de las agencias en derecho.

**De lo probado en el proceso**

i) La ESE Instituto Nacional de Cancerología presentó a SALUDVIDA EPS, **24 facturas equivalentes a la suma de $220'864.667**, las que fueron glosadas total o parcialmente por concepto de tarifas, esto es, por no existir acuerdo entre los valores recobrados (fls.20, y 23 a 30).

**PAGO RECOBROS- FACTURAS**

El recobro en salud es una solicitud presentada por una entidad denominada recobrante a fin de obtener el pago de cuentas ya reconocidas y pagadas por concepto de servicios o tecnologías, cuyo suministro es garantizado a afiliados al régimen contributivo o subsidiado del sistema general de seguridad social en salud. En ese orden de ideas, el recobro es una respuesta del sistema de seguridad social en salud tendiente a que todos los habitantes del territorio nacional gocen de una protección integral en salud, pues permite que éstos accedan a determinados servicios o tecnologías que no están contempladas en el POS hoy Plan de Beneficios en Salud (PBS). En relación con el papel de sistema de seguridad social en salud, el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 establece:

> "El sistema general de seguridad social en salud crea las condiciones de acceso a un plan obligatorio de salud para todos habitantes del territorio nacional (...); este plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan".

En igual sentido, la H. Corte Constitucional en sentencia T- 418 de 2013, expuso que el derecho a la salud debe prestarse de manera integra, esto es, con el debido cumplimiento de los procedimientos, medicamentos y tratamientos prescritos por el médico tratante, conforme al literal c) del

artículo 156 de la Ley 100 de 1993. De modo que el goce efectivo del principio de integralidad requiere acciones positivas por parte del Estado y de los prestadores del servicio de salud, encaminadas a garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación, con plena observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, so pena de poderse menoscabar el derecho a la vida en condiciones dignas.

Así mismo, dijo la H. Corte Constitucional en sentencia T-224 de 2020, que la fuente de financiación de los servicios o tecnologías que sea necesario reconocer a un paciente no puede convertirse en un obstáculo para que éste acceda a ellos. En tal sentido, las EPS e IPS deben garantizar el acceso a los servicios y tecnologías requeridos con independencia de sus reglas de financiación, de manera que, una vez suministrados, están autorizadas para efectuar los cobros y recobros que procedan de acuerdo con la reglamentación vigente.

Dicho ello, la Sala se remite a la certificación proferida por el Instituto Nacional de Cancerología con sus correspondientes anexos obrantes a folios 20 a 32, en las que se establece que 24 facturas fueron glosadas por parte de SALUDVIDA EPS, y que se adeuda la suma de $220'864.667. Al punto, el A Quo condenó por concepto de 21 facturas –que se individualizan a continuación- por valor de $187'179.758, sobre lo cual debe tenerse en cuenta que la pasiva únicamente manifestó su inconformidad frente a ello aduciendo que ya se pagaron.

| N° | N° radicado | Valor condenado A Quo | Fecha de prestación servicio | Fecha de Radicación | Causal de la glosa | Folios |
|---|---|---|---|---|---|---|
| 1 | 3434875 | $ 27.900 | 04/09/2013 | 02/10/2013 | Tarifas | 36 a 44 y CD's (fls. 411 y 490) |
| 2 | 3502605 | $ 14.400.925 | 05/12/2013 | 14/01/2014 | Tarifas | 45 a 62 y CD's (fls. 411 y 490) |
| 3 | 3511513 | $ 26.300 | 18/12/2013 | 14/01/2014 | Tarifas | 63 a 68 y CD's (fls. 411 y 490) |
| 4 | 3518818 | $ 2.422.800 | 30/12/2013 | 14/01/2014 | Tarifas | 69 a 72 y CD's (fls. 411 y 490) |
| 5 | 3558572 | $ 1.277.245 | 25/02/2014 | 11/03/2014 | Tarifas | 95 a 102 y CD's (fls. 411 y 490) |
| 6 | 3583605 | $ 5.650.700 | 29/03/2014 | 07/04/2014 | Tarifas | 103 a 116 CD's (fls. 411 y 490)) |
| 7 | 3635836 | $ 631.500 | 10/06/2014 | 03/07/2014 | Tarifas | 117 a 124 y CD's (fls. 411 y 490) |
| 8 | 3732868 | $ 2.318.130 | 14/10/2014 | 11/11/2014 | Tarifas | 177 a 196 y CD's (fls. 411 y 490) |
| 9 | 3733995 | $ 17.603.555 | 15/10/2014 | 11/11/2014 | Tarifas | 197 a 215 y CD's (fls. 411 y 490) |
| 10 | 3744603 | $ 2.200.530 | 28/10/2014 | 11/11/2014 | Tarifas | 216 a 231 y CD's (fls. 411 y 490) |
| 11 | 3772018 | $ 2.282.690 | 29/10/2014 | 08/01/2015 | Tarifas | 232 a 240 y CD's (fls. 411 y 490) |
| 12 | 3790969 | $ 5.976.605 | 30/12/2014 | 08/01/2015 | Tarifas | 241 a 253 y CD's (fls. 411 y 490) |
| 13 | 3813919 | $ 1.662.295 | 30/01/2015 | 05/02/2015 | Tarifas | 254 a 262 y CD's (fls. 411 y 490) |
| 14 | 3851997 | $ 21.523.384 | 16/03/2015 | 09/04/2015 | Tarifas | 276 a 305 y CD's (fls. 411 y 490) |
| 15 | 3869185 | $ 9.959.253 | 08/04/2015 | 13/05/2015 | Tarifas | 306 a 314 y CD's (fls. 411 y 490) |
| 16 | 3870070 | $ 14.036.049 | 09/04/2015 | 13/05/2015 | Tarifas | 315 a 322 y CD's (fls. 411 y 490) |
| 17 | 3880517 | $ 16.172.305 | 21/04/2015 | 13/05/2015 | Tarifas | 323 a 338 y CD's (fls. 411 y 490) |
| 18 | 3883350 | $ 24.603.627 | 23/04/2015 | 13/05/2015 | Tarifas | 339 a 357 y CD's (fls. 411 y 490) |
| 19 | 3886236 | $ 27.517.698 | 27/04/2015 | 13/05/2015 | Tarifas | 358 a 374 y CD's (fls. 411 y 490) |
| 20 | 3899848 | $ 2.818.887 | 13/05/2015 | 11/06/2015 | Tarifas | 375 a 379 y CD's (fls. 411 y 490) |
| 21 | 3947726 | $ 2.016.030 | 15/07/2015 | 14/08/2015 | Tarifas | 380 a 388 y CD's (fls. 411 y 490) |

Ahora bien, dado que se invoca por parte de la demandada que se sufragaron los valores de las correspondientes facturas, se hace necesario rememorar que el inciso 2° del artículo 225 del C.G.P, dispone:

> "Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión".

De esta manera, le correspondía a SALUDVIDA EPS allegar los correspondientes documentos que dieran cuenta del reconocimiento económico.

Sobre el tópico, obra a folio 489 certificación emitida por parte del INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA, del 28 de noviembre de 2017, en la que se informa que las facturas objeto de cobro no han sido pagadas.

En igual sentido, en la revisión técnica de folio 490, efectuada por Janeth Villanueva Salinas como Profesional Especializada de la Superintendencia Nacional de Salud, se señaló que no se aportó prueba alguna del pago de las facturas ni que se hubiere arribado a un acuerdo conciliatorio sobre las mismas.

Es así como observa la Sala que tan sólo cuando se elevó la impugnación por parte de la apoderada de SALUDVIDA EPS, fue que se puso de presente que se efectuó el pago de las correspondientes facturas. Al respecto, es necesario tener en cuenta que el proceso sumario, goza de un procedimiento corto y expedito, más ello no es óbice para garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales al debido proceso, defensa y contradicción dentro de la actuación, tal y como lo establece el parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, al disponer:

> "(...) La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción".

En ese orden de ideas, el inciso 2° del parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, establece las etapas del proceso sumario de conocimiento de la Superintendencia Nacional de Salud, resaltándose que no se prevé expresamente la posibilidad de contestar la demanda, y sí que prevalecerá la informalidad, miremos:

> "La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad".

No obstante, lo anterior no quiere decir que se puedan allegar pruebas en cualquier etapa del proceso, pues el inciso 4° del artículo 279 del C.G.P, dispone que los hechos sobrevinientes se pueden alegar a más tardar antes de los alegatos de conclusión. En tal sentido, y no existiendo este momento procesal en el proceso sumario, se entiende que se pudo arrimar las constancias de las que se pretende derivar el pago, **hasta antes de que el A Quo dictará sentencia**. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia **SL4221-2020**, señaló que:

> "Los falladores de instancia no pueden ignorar aquellos hechos sobrevinientes al proceso que puedan impactar los requisitos o supuestos para acceder a las diferentes prestaciones establecidas en la ley. Así lo tiene explicado esta Corporación, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL, 18 sep.

2000, rad. 14214, reiterada en las sentencias SL16805-2016 y SL3707-2018, donde al respecto dijo:

[...] en los procesos laborales es aplicable el artículo 305 del CPC en tanto prevé, en casos como el aquí estudiado la obligación del sentenciador de tener en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y allegado regularmente antes de que el expediente entre a despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.

En este orden, por haberse satisfecho el requisito de la edad con posterioridad a la presentación de la demanda, se está ante un hecho sobreviniente que no puede desconocerse, además de tener respaldo normativo procesal en el artículo 281 del CGP, aplicable a los procesos laborales por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS".

En el sub lite, se observa que el A Quo garantizó el debido proceso de SALUDVIDA EPS., ya que le notificó la solicitud dirigida por la parte actora, y ésta tuvo la oportunidad de pronunciarse efectuando la contestación de la demanda, allegando las pruebas correspondientes para ejercer su derecho de defensa (fls. 417 a 465).

Por otra parte, no desconoce la Sala que los documentos en que se fundamenta la impugnación son de fechas posteriores a la radicación de la contestación de la demanda, 16 de enero de 2017 (fl.417), pues los documentos con los que se argumenta el recurso de apelación, esto es, el Acta de Conciliación de Glosas DNCM: 1461-2017 y las consignaciones con las que presuntamente se efectuaron los pagos son del **20 de enero de 2017, y de marzo de 2017 a enero de 2019** (medio óptico de folio 490), respectivamente; no obstante, la sentencia por parte de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud se dictó el **14 de mayo de 2019**, de manera que, ante la posibilidad de allegarse antes de dictarse sentencia primera instancia no pueden tenerse como hecho sobreviniente.

En ese orden de ideas, no es posible estudiar los documentos allegados con la impugnación, para verificar con ellos, si se logró acreditar el pago de los valores recobrados.

Ahora bien, aun si en gracia de discusión se admitiera la posibilidad de aducir los aludidos documentos, la Sala se remitirá a los allegados al medio óptico de folio 490, en especial, al que se denomina "soporte de pago recurso contra sentencia S2019-00068".

En dicho documento se estableció - sobre las facturas identificadas con los radicados 3434875, 3502605, 3511513, 3518818, 3518824, 3558572, 3583605, 3635836, 3733995, 3744603, 3790969, 3813919, 3969185, 2870070, 3880517, 3883350, 3886236, 3899848, y 3947726, - que se había arribado a un acuerdo de conciliación lo que se plasmó en el Acta de Conciliación de Glosas DNCM: 1461-2017, y que se efectuó su correspondiente consignación.

Al punto, es menester advertir que la factura 3518824 fue objeto de absolución, por lo que, al no existir condena no se hace necesario efectuar un pronunciamiento sobre la misma.

En cuanto a las demás facturas, esto es, las identificadas con los números 3434875, 3502605, 3511513, 3518818, 3558572, 3583605, 3635836, 3733995, 3744603, 3790969, 3813919, 3969185, 2870070, 3880517, 3883350, 3886236, 3899848, y 3947726, es necesario indicar que si bien la pasiva aduce su pago, el documento allegado para acreditar tal aseveración, este es, el denominado "soporte de pago recurso contra sentencia S2019-00068", se advierte que las imágenes que allí figuran copiadas para acreditar la consignación no ofrecen certeza del sufrago de los valores adeudados.

En efecto, las consignaciones hacen alusión a diversos valores pagados a nombre del INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA, empero, no establecen de forma concreta el concepto por el que se efectuó el pago, únicamente se da cuenta del NIT de dicha empresa, las entidades bancarias a través de la que se efectuaron las consignaciones, el código de la EPS, el valor (que no es coincidente con lo el que fue objeto de condena), y su fecha, de manera que aun de admitirse tal documento, debe advertirse que del mismo no logra extraerse en forma clara y contundente que en efecto se realizó el pago de las facturas cuyo cobro aquí se pretende.

Lo anterior sin perjuicio de que la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en aras de verificar el cumplimiento de la condena establecida en el numeral tercero de la sentencia, esto es: *"**ORDENAR** a SALUDVIDA EPS pagar a favor de la ESE INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA, la suma de $187'179.758, correspondiente a las 21 facturas discriminadas en la revisión técnica que hace parte del proceso (folio 492), tal y como lo indica el acápite 7.1.2., dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta providencia"*, requiera a la demandada SALUDVIDA EPS., para que suministre soportes adicionales que puedan otorgar certeza del pago de facturas que dicha entidad afirma haber realizado por medio de diferentes consignaciones.

Conforme a lo brevemente narrado se confirmará la condena impuesta por concepto de facturas.

**Intereses moratorios**

Los intereses moratorios son un porcentaje que se cobra cuando se incurre en retraso en el pago de una obligación pecuniaria, y se aplican una vez vence el plazo límite para efectuar su reconocimiento. En relación con los recobros de facturas, el artículo 7 del Decreto 1281 de 2002 señala:

> "(...) Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. **Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses,** ni otras sanciones pecuniarias." (Resaltado por la Sala)

En la misma dirección, respecto del término para la presentación de los recobros el artículo 13 ejusdem, modificado por el artículo 111 del Decreto 19 de 2012, señala:

> "Las reclamaciones o cualquier tipo de cobro que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del FOSYGA se deberán presentar ante el FOSYGA en el término máximo de (1) año contado a partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda".

Así las cosas, de las disposiciones normativas en cita, claramente se evidencia la procedencia de los intereses moratorios cuando las glosas son infundadas, y el cobro se presenta dentro de los seis meses siguientes a la prestación del servicio o la ocurrencia del hecho generador. Bajo dicha precisión, procede la Sala a verificar la base de información contenida en el medio óptico obrante a folio 490, encontrando que la totalidad de los recobros cuyo pago se ordenó en primera instancia, fueron radicados en el término aludido, lo que permite considerar acertada la condena impuesta por tales emolumentos.

En cuanto al reparo atinente a que "lo accesorio sigue la suerte de lo principal", el mismo no tiene vocación de prosperidad, dado que la decisión que impuso el pago de $187'179.758 por concepto de 21 facturas se confirmó, esto es, no se consideró acreditado su pago.

**Sostenibilidad fiscal**

La sostenibilidad fiscal es un principio incorporado a la Constitución Política a través del Acto Legislativo No. 03 de 2011, mediante el que se exige tener en cuenta los instrumentos de política fiscal y la protección efectiva de la capacidad económica del Estado. Al punto, el artículo 48 constitucional consagra

> "no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella".

En el sistema de seguridad social en salud se encuentra regulado por el artículo 3 de la Ley 1281 de 2011 que dispone:

> "las prestaciones que reconoce el sistema se financiarán con los recursos destinados por la ley para tal fin, los cuales deberán tener un flujo ágil y expedito. Las decisiones que se adopten en el marco del Sistema General de Salud deben consultar criterios de sostenibilidad fiscal. La administración de los fondos del sistema no podrá afectar el flujo de los recursos del mismo".

Sentadas las anteriores premisas, debe advertir la Sala que con la decisión que se adopta no se desconoce tal principio, como quiera que la condena que se impone se hace en obedecimiento a la prestación de unos servicios o tecnologías de salud, derecho fundamental que no puede ser soslayado con base en el principio de la sostenibilidad fiscal, por demás que el Estado es el encargado de asegurar "progresivamente" su goce efectivo, siendo necesario ante la escasez de recursos disponibles para satisfacer derechos fundamentales, que la política de gasto pueda mantenerse en el tiempo para el logro de dichos objetivos públicos. Al respecto, la H. Corte Constitucional en sentencia C-093 de 2018, indicó:

"El artículo 1 del Acto Legislativo 03 de 2011 introdujo en el artículo 334 de la Constitución el criterio orientador de la sostenibilidad fiscal. En concordancia con esta disposición, la sostenibilidad fiscal debe guiar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica. Así mismo, el citado artículo preceptúa que bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

En este marco, dijo la Corte en la reciente sentencia C-051 de 2018, «obligaciones como la prevista en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, ya no recaen de forma principal solo en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como inicialmente se consideraba. Dado que las ramas y órganos del poder público tienen el deber de asumir la sostenibilidad fiscal como herramienta orientadora, también a todos corresponde la obligación, en el marco de sus funciones y competencias, de contribuir a prever la incidencia presupuestal de las iniciativas de leyes, ordenanzas o acuerdos y contribuir a asegurar la correspondiente sostenibilidad fiscal».

Con base en lo preceptuado en la norma constitucional, el criterio de sostenibilidad fiscal fue recogido en los artículos 5, literal i), y 6, inciso 2, literal i), de la LES. Conforme a estas normas, el Estado deberá, por un lado, «[a]doptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población» y, por otro, disponer, «por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal».

Sobre el particular, en la ya tantas veces citada sentencia C-313 de 2014, la Corte declaró la constitucionalidad de los literales mencionados. Al respecto, la Sala precisó que «resulta suficientemente claro que la sostenibilidad financiera no es solo una condición que permite el mantenimiento de la oportuna y adecuada prestación del servicio. Los efectos de la sostenibilidad pasan por aspectos tan significativos en la prestación del servicio como la cobertura. Una dificultad en la disponibilidad de recursos contrae la posibilidad de extender el servicio y/o mejorar la prestación del mismo para más personas».

Por consiguiente, la sostenibilidad fiscal, entendida como criterio orientador de las actuaciones de las Ramas del Poder Público en el Estado Social de Derecho, sí «puede dar lugar a una valoración desde la perspectiva de la proporcionalidad cuando quiera que, sin afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales, se advierta que la respuesta de las autoridades (...) compromete de manera grave los recursos públicos, particularmente cuando tales recursos tienen una vinculación próxima con la inversión social, y, en general, con la atención de los fines prioritarios del Estado».

De este modo, la sostenibilidad fiscal obliga a considerar que ante la escasez de recursos disponibles para satisfacer los derechos fundamentales, es necesario garantizar que la política de gasto pueda mantenerse en el tiempo, para el logro de importantes objetivos públicos".

**Costas y agencias en derecho**

El artículo 365 del CGP establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que al resultar la sentencia

totalmente contraria a los intereses de la SALUDVIDA EPS, es tal entidad la llamada a asumir tal carga.

Frente al valor de las agencias en derecho, la Sala se abstendrá de hacer pronunciamiento, puesto que conforme al primer inciso del artículo 366 del CGP, tal temática es del resorte del juzgado que haya conocido en primera o única instancia; en cualquier caso, no es la oportunidad procesal para definir este aspecto, pues aún no estamos frente al auto que aprueba costas respecto de las agencias en derecho, providencia que es apelable conforme al numeral 11 del artículo 65 del C.P.T y de la S.S, y el inciso 5° del artículo 366 del C.G.P.

Conforme las consideraciones vertidas en precedencia, la Sala **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada.

## IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

## V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

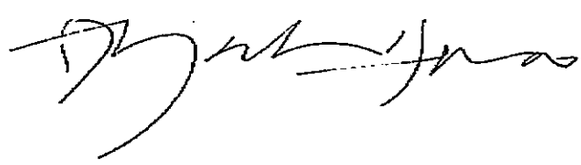
**R E S U E L V E**

**PRIMERO**. – **CONFIRMAR** por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia de origen y fecha conocidos.

**SEGUNDO.** – Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**DAVID A.J CORREA STEER**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**
**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**
**Magistrada sustanciadora**

Acta de discusión No. 009 del once (11) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a proferir – de oficio –**adición de sentencia** - a la dictada el pasado 29 de abril del año que avanza dentro del proceso ordinario laboral de doble instancia que el señor **ARMANDO PADILLA ROMERO** adelantó en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Rdo No. 11001310502020180037901.**

**SENTENCIA COMPLEMENTARIA**

## I. ANTECEDENTES

### 1.1. Demanda

Por medio de apoderado judicial, la parte actora pretendió se declare la nulidad del traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. Como consecuencia de ello solicitó se condene a dicha A.F.P., a efectuar el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, así como “todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la

aseguradora, con todos su frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1.746 del C.C. esto es los rendimientos que se hubiere causado"

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, la activa argumentó, la falta de información que se le dio por parte de la AFP Porvenir S.A, al momento de efectuarse el correspondiente traslado.

**1.2. Respuesta a la demanda**

**COLPENSIONES** (fls. 120-144). Se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

Adujo entre otros, que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 el demandante no contaba con 40 años de ni acreditaba los 15 años de servicios, por lo que no es beneficiario del régimen de transición y por ende no contaba con una expectativa legítima de pensión. Así mismo refirió que fue el demandante por decisión propia quien solicitó el traslado de régimen suscribiendo para ello los formularios pertinentes y que no realizó el traslado que le permite hacer la ley teniendo en cuenta el límite de 10 años antes del cumplimiento de la edad mínima para pensionarse.

**PORVENIR S.A.** (fls. 155-192), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

Señaló que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la Ley es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien manifiesta por escrito su elección al momento de su vinculación o traslado, lo cual se realiza con la suscripción del

formulario de afiliación al respectivo fondo, ya que con la firma impuesta en la misma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al régimen de ahorro individual.

Adujo que la información suministrada a los afiliados al RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia, además, que no es aceptable alegar, como lo hace el demandante, su propio error o culpa

## 1.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El A quo dictó sentencia condenatoria así:

> **"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia y/o nulidad de la afiliación efectuada por el señor ARMANDO PADILLA ROMERO a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS HOY PORVENIR S.A. realizada el 9 de agosto de 1994, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.
>
> **SEGUNDO: DECLARAR** como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES.
>
> **TERCERO: ORDENAR** a la sociedad PORVENIR S.A., devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado ARMANDO PADILLA ROMERO, junto con los rendimientos financieros causados con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES EICE. (…) **"**

Para arribar a la anterior decisión, el A Quo, se apoyó en la basta jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción laboral, para declarar la ineficacia de la afiliación por insuficiencia de la información necesaria al momento de efectuarse el traslado de régimen. Así mismo se afianzó en la postura del mismo órgano de cierre para afirmar que en el caso debía aplicarse la inversión de la carga de la prueba, por lo que es la Administradora de Fondos de Pensiones que hizo el traslado la que debe allegar las probanzas y en el caso presente, como la AFP PORVENIR S.A., no cumplió con la carga dinámica de la prueba, concluyó que faltó al deber de información y por lo tanto el acto de cambio de régimen fue ineficaz.

## 1.4 APELACIÓN DE LA SENTENCIA

**PORVENIR S.A.**

Expresó que la vinculación ante esta entidad fue un acto válido, espontáneo y sin presiones luego de haber recibido asesoría por parte de esa AFP. Explicó que existió un consentimiento informado en la medida en que a lo largo del interrogatorio de parte del demandante se creó el material probatorio en el sentido en que en él mismo reconoció haber recibido toda la información correspondiente respecto de las características propias del RAIS, lo que quiere decir es que sí se facilitó la información y no solo aquella que la Ley permitía al momento del traslado sino también la que él mismo manifiesta en el hecho 13 de la demanda, y es justamente lo que la parte actora reconoce haber recibido por parte del asesor de que le estaba ilustrando las características del RAIS y del RPM.

Finalmente, hizo referencia a que como el mismo demandante lo indicó nunca tuvo interés en lo que a su pensión respecta, máxime teniendo en cuenta su profesión como abogado, lo cual no lo excusa para ignorar el cumplimiento de la Ley y para reconocer las posibles consecuencias que el traslado tenía sobre su futuro pensional.

**COLPENSIONES.**

Adujo que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al haber firmado el formulario de afiliación de manera voluntaria y consiente, razón por la cual no debe declararse una nulidad de afiliación máxime cuando no se demostró la existencia de ningún vicio del consentimiento y cuando los asesores de la AFP sí le brindaron información propia del RAIS, por lo que no debe desconocerse la misma.

Advirtió que el actor se encuentra inmerso en una prohibición legal que Colpensiones no puede desconocer como quiera se encuentra dentro de los 10 años o menos para adquirir la edad de pensión por lo que no se puede tener como afiliado al RPM, máxime cuando no ha efectuado cotizaciones al fondo común.

Finalmente, mencionó que en el presente caso no se presentó un vicio en el consentimiento por falta de una proyección pensional como quiera que esta obligación solo surgió hasta el año 2015 y que si en el año 1994 se hubieran presentado proyecciones ello si hubiera generado desinformación al demandante, ya que la pensión en el RAIS depende de factores que para el año 1994 era imposible conocer máxime cuando no se contaba con ningún tipo de derecho consolidado.

### 1.4. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

El pasado 29 de abril de 2021, esta Sala de decisión laboral, al decidir la apelación, en la parte resolutiva de la sentencia, resolvió:

> **"PRIMERO. – CONFIRMAR** la providencia consultada y apelada, en cumplimiento de lo ordenado por la Sala de Casación Laboral de la H, Corte Suprema de Justicia en sentencia del 18 de marzo de 2020, proferida dentro de la acción de tutela con radicado No. 57802.
>
> **SEGUNDO. - SIN COSTAS** en esta instancia."

Para confirmar la decisión de primera instancia la Sala argumentó, en síntesis que el traslado de régimen pensional realizado por el demandante fue ineficaz porque AFP PORVENIR S.A., no demostró haber cumplido con el deber de informar al accionante de manera clara, comprensible y suficiente sobre las características de ambos regímenes, sus condiciones de acceso y los efectos de ello, de modo que el pudiere otorgar su consentimiento de manera consciente y libre, sin que de la suscripción del formulario de afiliación, pueda colegirse que recibió información suficiente, veraz y completa para efectuar el cambio de régimen pensional.

## II. CONSIDERACIONES.

### 2.1. Adición de sentencias

El artículo 287 del Código General del Proceso [CGP], establece la posibilidad de adicionar una sentencia, de oficio o a petición de parte dentro del término de ejecutoria, por medio de

una sentencia complementaria, cuando aquella "omita resolver sobre sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento".

En consecuencia, la adición de la sentencia es procedente cuando (i) se efectúa de oficio o a petición de parte dentro del término de ejecutoria, en los eventos en que (ii) se omite la resolución de un extremo de la litis o (iii) cuando no se resuelven aspectos que por orden legal deber resolverse.

**2.2. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado: Devolución de las cuotas de administración y de otros valores debidamente indexados.**

Debe recordarse que la declaratoria de ineficacia de cambio de régimen pensional, conlleva a que tiene como efecto que las cosas se retrotraen al estado en se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido

En la sentencia **SL1421 de 2019, Rad. 56174**, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, cuando se declaró la ineficacia del traslado, se dijo que una de las consecuencias de tal situación era la devolución de las cuotas de administración a cargo de la AFP, tema que se planteó en los siguientes términos:

> "Devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:
>
> Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó: [...]
>
> "La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.
>
> "Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital

> destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Dicha postura fue reiterada en la sentencia SL 2611 del 1° de julio de 2020, en la que se reafirma que por cuenta de la ineficacia, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban antes de ocurrir el traslado de régimen. Dijo la sentencia:

> *"*Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, lo cual trae como consecuencia, que la accionante jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que Colfondos S.A. deberá devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, aspecto sobre el cual ya la Sala se ha pronunciado en oportunidades anteriores, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL17595-2017, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989…"

De modo que, el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido por cuenta de la afiliación del demandante, tiene como fundamento la conducta indebida de la entidad en la omisión al deber de información, cuya consecuencia genera la ineficacia del traslado, la cual priva de todo efecto el acto jurídico, debiendo entonces la administradora cubrir los deterioros sufridos por el bien administrado, con cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C., tal como lo ha establecido firmemente la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral desde la sentencia radicada 31989 de 2008.

En otras palabras, la ineficacia de traslado no sólo acarrea, a cargo de la AFP, la devolución de los aportes y sus rendimientos, sino además, las cuotas de administración y toda suma que se hubiere utilizado por ejemplo para los seguros previsionales y las cuotas de garantía de pensión mínima, sumas que deben pagarse debidamente indexadas con el fin de superar el deterioro del dinero en el tiempo.

**2.3. EL CASO EN CONCRETO**

En lo que toca al asunto relativo a la ineficacia del traslado de régimen pensional, la Sala confirmó la decisión del A Quo, al concluir que con la prueba recaudada en el plenario efectivamente no logró acreditarse por parte de la AFP PORVENIR S.A., que la misma hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto originario del traslado, por lo que la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, por lo que se dispuso CONFIRMAR la sentencia de primer grado.

No obstante, se percata la Sala que pese a que el A Quo declaró la ineficacia del traslado y la consecuente devolución a COLPENSIONES por parte de la AFP "*de la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado ARMANDO PADILLA ROMERO, junto con los rendimientos financieros causados*" lo cierto es que se omitió el pronunciamiento frente a las demás pretensiones de la demanda, relativas a la devolución de "*bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos su frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1.746 del C.C. esto es los rendimientos que se hubiere causado*" (ver pretensiones de la demanda a fl. 2) por lo que, al haberse omitido la resolución de un extremo de la litis y aspectos que por orden legal deben resolverse, resulta procedente la adición.

Dicho lo anterior, y como quiera que en el caso de marras, se declaró la ineficacia del cambio de régimen pensional del señor **ARMANDO PADILLA ROMERO**, ello conlleva a que como efecto las cosas se retrotraigan al estado en se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, por lo que adicional a la devolución de los dineros por conceptos de aportes y sus rendimientos, ordenados por el A Quo, sea procedente la devolución de las cuotas de administración, y de toda suma que se hubiere utilizado por ejemplo para los seguros previsionales y las cuotas de garantía de pensión mínima, sumas que deben pagarse debidamente indexadas con el fin de superar el deterioro del dinero en el tiempo. En tal sentido se ADICIONARÁ la sentencia de la referencia.

## III. DECISIÓN

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: ADICIONAR** la parte resolutiva de la sentencia de segunda instancia proferida el 29 de abril del año 2021, en el sentido de que, además de las sumas a devolver por concepto de aportes y rendimientos, **LA A.F.P PROVENIR S.A**., debe devolver a **COLPENSIONES** la totalidad de los bonos pensionales, saldos adicionales, frutos, intereses, los gastos de administración (incluyendo lo correspondiente a seguros previsionales, entre otros), las sumas de dinero que retiene para el fondo de garantía de pensión mínima y las comisiones cobradas durante el lapso en que estuvo vigente la afiliación del demandante, con cargo a sus propios recursos, y debidamente indexados, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, conforme las consideraciones vertidas en esta sentencia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J. CORREA STEER