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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN.	11001 31 05 **023 2019 00439** 01
DEMANDANTE:	RODMAN RAÚL CALDERÓN NIÑO
DEMANDADO:	REDES Y COMUNICACIONES DE COLOMBIA LTDA. EN REORGANIZACIÓN, COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO GRUPO CS, TV AZTECA SUCURSAL COLOMBIA
LLAMADO EN GARANTÍA:	SEGUROS DEL ESTADO SA

Bogotá DC, veintiuno (21) de abril de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia proferida el 1º de febrero de 2021, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare que Redes y Comunicaciones de Colombia Ltda. en reorganización fungió como su verdadero patrono desde el 3 de diciembre de 2013 hasta el 7 de septiembre de 2017, así mismo, que dicha sociedad fue culpable por negligencia en el accidente de trabajo ocurrido el 9 de abril de 2013 y que fue despedido en situación de debilidad manifiesta, sin que mediara permiso del Ministerio del Trabajo; en consecuencia, se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa prevista en el art. 64 del CST, de la indemnización prevista en el art. 26 de la Ley 361 de 1997, de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde la desvinculación y la indemnización plena e integral por los daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo, así como los perjuicios morales en cuantía de 200 SMLMV.

Finalmente, solicitó que se declare solidariamente responsables a las demandadas del pago de las sumas reclamadas.

Como fundamento relevante de sus pretensiones manifestó el demandante que firmó convenio de asociación con la Cooperativa de Trabajo Asociado Grupo CS el 3 de febrero de 2012; que prestó sus servicios en Redes y Comunicaciones de Colombia Ltda. y TV Azteca quienes celebraron contrato de prestación de servicios con la CTA; que en vigencia del vínculo se desempeñó como supervisor de campo/Tv Azteca del 3 de diciembre de 2012 al 18 de noviembre de 2013, con una asignación básica de $1.400.000, como interventor en el proceso de interventoría/TICS rurales, del 19 al 31 de diciembre de 2013, con la misma asignación salarial, como analista técnico/TICS rurales, desde el 1º de enero hasta el 11 de agosto de 2014, con una asignación básica mensual de $1.758.557, como profesional de apoyo etapa de operación/puntos vive digital, desde el 12 de agosto de 2014 hasta el 21 de agosto de 2016, y, como ingeniero junior/PNCAV del 22 de agosto de 2016 al 8 de septiembre de 2017, con una asignación básica mensual de $2.046.641.

Agregó que la relación de trabajo se extendió hasta el 7 de septiembre de 2017; que los salarios y prestaciones sociales eran pagadas directamente por Redcom Ltda., quien a su vez, prestaba servicios a Tv Azteca Sucursal Colombia; que el 9 de abril de 2013, aproximadamente a las 11:30 am, empezó con un subalterno a realizar una capacitación de trabajo en la zona, y por ello, debió subir una montaña para supervisar y guiar la instalación de un tramo de fibra óptica, actividad que fue ordenada por su jefe inmediato Julio Trejos el día anterior; que mientras realizaba dicha actividad, sufrió una caída por un barranco de 12 metros de altura, que le produjo fractura de radio y cúbito derecho con posterior osteosíntesis, ruptura traumática de ligamentos de la muñeca y el carpo derecho y fractura L1 y L3 por lo que se realizaron artrodesis de T12 a L3; que a raíz del accidente fue internado por urgencias en el Hospital Municipal de Roncesvalles y posteriormente se solicitó su traslado a Ibagué para cirugía; que como secuelas del accidente ha presentado síndrome de caída equina dado por disfunción eréctil y vejiga neurogénica, además del dolor crónico secundario, generando estrés postraumático y trastorno adaptativo; que no había supervisión o personal encargado de Salud Ocupacional, ni se había implementado el Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo; que nunca recibió entrenamiento sobre seguridad industrial para prevención de accidentes; que cuando se dirigía a realizar la supervisión a la fibra óptica no se

proporcionaba seguridad alguna por parte del empleador y no contaba con las medidas de protección necesarias ya que no estaban instaladas líneas de vida, requeridas para enganchar el arnés y caminar de forma más segura.

Expuso que el 21 de febrero de 2014, fue emitido dictamen por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, en el que se estableció que tenía una pérdida de capacidad laboral del 32,02%, originada en el accidente laboral, estructurada el 23 de septiembre de 2013, y derivada de los diagnósticos de trastorno de estrés postraumático, fractura de vértebra lumbar y factura de epífisis del cúbito y radio; que solicitó la revisión de la calificación y el 17 de agosto de 2017, se emitió dictamen n.º 492 por parte de la ARL Mapfre en el que se estableció una PCL del 36,13%, derivada de los diagnósticos de fractura de la epífisis inferior del radio derecho, fractura de vértebra lumbar, ruptura traumática del ligamento lateral del cúbito derecho, impotencia de origen orgánico, disfunción neuromuscular de la vejiga, otro dolor crónico y trastornos de adaptación; que contra el anterior dictamen interpuso apelación, la cual fue resuelta por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, quien determinó el 16 de marzo de 2018, que la PCL correspondía 44,22% de origen profesional, estructurada el 15 de febrero de 2017; que en dictamen del 20 de febrero de 2019, se estableció por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que tenía una PCL del 39,44%.

Mencionó que no ha podido seguir desempeñando labores debido a los fuertes dolores en su muñeca, columna, la sensación de ardor desde la región lumbar derecha, glúteo y miembro inferior derecho, lo que le impide realizar movimientos bruscos, rotar la espalda de forma ágil, levantar cargas, agacharse y la marcha por tiempos prolongados, escalar, etc.; además, con el accidente, se vio comprometida su vida social y familiar y su calidad de vida se vio considerablemente disminuida, debido a que tuvo que acudir a todo tipo de especialistas para el tratamiento de sus patologías, lo que originó incertidumbre, sufrimiento, angustias y depresiones por el hecho lesivo (págs. 654 a 682, arch. 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 22 de agosto de 2019, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (pág. 683, arch. 1), quienes dieron respuesta en término oportuno.

Tv Azteca Sucursal Colombia se opuso a las pretensiones, indicando que si bien existió un contrato comercial con Redcom Ltda. que inició el 9 de octubre de 2012 y finalizó el 7 de diciembre de 2013, aquella sociedad fungía como contratista independiente, con autonomía técnica, administrativa y directiva y debía vincular su propio personal, resultando completamente extrañas las labores contratadas a las del objeto social de la compañía. Formuló las excepciones de fondo de denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido por inexistencia de la solidaridad, cobro de lo no debido por ausencia de causa, buena fe y prescripción (págs. 740 a 751, arch. 1).

Adicionalmente llamó en garantía a **Seguros del Estado SA** en virtud de la póliza de seguro de cumplimiento tomada por Redcom Ltda. para el pago de salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones y la estabilidad de los contratos suscritos (págs. 783 a 785, arch. 1).

La Cooperativa de Trabajo Asociado Grupo CS en reorganización, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Arguyó, que el demandante estuvo vinculado a esa CTA en calidad de trabajador asociado; que ella siempre cumplió con las normas que el ordenamiento le exigía en el campo de la seguridad en el trabajo; que el día en el que tuvo lugar el accidente de trabajo el actor contaba con las garantías necesarias de salud ocupacional, higiene y seguridad en el trabajo, así como con los elementos de protección que evitaron consecuencias peores; que por situaciones administrativas el gestor tuvo que ser desvinculado de la CTA, en atención a la salida masiva de trabajadores, como consecuencia de la terminación también masiva de los contratos celebrados con terceros a los que se les prestaban servicios. De otro lado, puso de presente que dentro del reporte y la investigación del accidente de trabajo se determinó que las personas que se encontraban realizando la actividad habían culminado con la misma y se estaban devolviendo cuando el gestor se resbaló cayendo por el filo de la montaña, sin embargo, aquel no tenía dentro de sus roles la realización de trabajos en alturas. En su defensa, propuso las excepciones de mérito que denominó cumplimiento de las obligaciones de diligencia y cuidado, culpa exclusiva de la víctima, inexistencia de nexo causal, inexistencia del contrato de trabajo entre mi poderdante y la demandada, cobro de lo no debido, mala fe de la parte actora y prescripción que fue propuesta como previa y su análisis diferido por el *a quo* para ser resuelta en la sentencia (págs. 857 a 868, arch. 1).

Redes y Comunicaciones de Colombia Ltda. en reorganización, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, con fundamento en que el gestor no prestó servicios personales a su favor. Adicionalmente, expuso que esa sociedad celebró contrato comercial con Tv Azteca Sucursal Colombia para la supervisión del contrato de construcción y tendido de fibra óptica en el territorio nacional; y a su vez, el 1º de diciembre de 2011, suscribió contrato comercial de prestación de servicios con la Cooperativa de Trabajo Asociado Grupo CS, con el fin la interventoría y consultoría técnica, administrativa, jurídica y/o financiera en telecomunicaciones, tecnologías de la información y comunicación, gestiones sociales, petroleras, hidrocarburos y obras de infraestructura según órdenes de servicios, por lo que Redcom Ltda. nunca tuvo ningún tipo de contacto directo con el demandante, así como tampoco ejerció sobre aquel subordinación ni autorizó permisos, vacaciones, licencias o requerimientos. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de causa y de obligación, prescripción, buena fe, compensación, cobro de lo no debido y cosa juzgada (págs. 38 a 52, arch. 2).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 1º de febrero de 2021, declaró que entre el demandante y Redes y Comunicaciones de Colombia Ltda. en reorganización existió un contrato de trabajo a término indefinido que estuvo vigente del 3 de diciembre de 2012 al 8 de septiembre de 2017, así mismo, que la Cooperativa de Trabajo Asociado Grupo CS actuó como intermediaria en la vinculación antes mencionada. En consecuencia, condenó a Redcom Ltda. a pagar al demandante debidamente indexadas las sumas de $6.696.108 por indemnización por despido sin justa causa y $11.449.602 por la indemnización prevista en el art. 26 de la Ley 361 de 1997. Finalmente, absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en la demanda.

Como razones de la decisión, el juez de primer grado expuso que con las pruebas recaudadas se había logrado determinar que el demandante prestó sus servicios personales para Redcom Ltda., en los cargos de supervisor de campo, interventor, analista técnico, profesional de apoyo en la etapa de operación e ingeniero junior, pues sobre el particular habían dado cuenta los testigos solicitados por la activa, respecto del interregno comprendido del 2013 al 2017 y los documentos aportados por la demandada que daban cuenta de que dicho

servicio se ejecutó hasta el 8 de septiembre de 2017.

Expuso, que se había logrado determinar que el 27 de noviembre de 2012, el gestor presentó hoja de vida ante Redcom Ltda., y el analista de gestión humana de esa sociedad le remitió el listado de documentos que debía presentar para su ingreso y le solicitó el soporte de la cuenta de ahorros, lo que concordaba con las versiones de los deponentes, así mismo, que el 19 de noviembre de 2013, dicha demandada realizó la entrega de un portátil y un teclado al demandante; el 13 de febrero de 2015, le hizo entrega de suministros de oficina y que personal de Redcom Ltda. remitió correos electrónicos al gestor, los cuales no solo tienen el dominio de red, sino que además pertenecen a esa sociedad, pues así se identificaron en los que datan del 30 de octubre de 2013, del 24 de agosto de 2014, entre otros. También dijo que no se podía pasar por alto que la llamada a juicio realizó pagos mensuales al actor a partir de diciembre de 2012 y hasta octubre de 2017, lo que coincide con el lapso certificado por la CTA.

En torno a la subordinación, dijo que aunque las testigos citadas por la convocada habían hecho mención a algunas situaciones para desvirtuarla, lo cierto era que sus dichos diferían de lo que se lograba evidenciar con las pruebas documentales, pues se verificaba que al gestor se le dio a conocer el reglamento de Redcom Ltda. para la legalización de gastos el 7 de diciembre de 2013, que aquella sociedad reconoció anticipos por gastos y que el promotor del proceso asistió al seminario técnico práctico de técnicas de instalación de fibra óptica en el mes de diciembre de 2012, habiéndosele otorgado un diploma por parte del director general de esa empresa. Lo anterior, aunado a que se constataba que Redcom Ltda. había efectuado el control y horario, dado información sobre la jornada de trabajo, citado a reuniones de seguimiento, realizado controles de actividad preventiva, remitido manuales de instalación y formatos a diligenciar en campo, además, había informado sobre las novedades de pago de incapacidades y había efectuado solicitudes a su personal relacionadas con días feriados, trabajos y gastos y descuentos, investigación de accidentes de trabajo, cambio de silla, etc. situaciones con las cuales, el *a quo* coligió que Redcom Ltda. fungió como verdadero empleador del demandante.

En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa, señaló que con la comunicación del 8 de septiembre de 2017, se lograba verificar que la vinculación del demandante terminó porque se adujo que la CTA entró en causal de liquidación, por lo que era claro que el finiquito contractual obedeció a una

decisión unilateral y por ello había lugar al pedimento analizado, y consecuencialmente daba paso a la negación del pago de las prestaciones sociales y salarios causados con posterioridad a la finalización del contrato, ya que las mismas tienen lugar como consecuencia de la prestación personal del servicio, lo cual se verificó hasta el 8 de septiembre de 2017, sumado a que ninguna de las pretensiones estaba dirigida a la declaratoria de ineficacia del despido o al reintegro al cargo que desempeñaba el gestor, y tampoco quedó contemplado tal supuesto en la fijación del litigio.

Sobre la indemnización prevista en el art. 26 de la Ley 361 de 1997, estableció que en el proceso estaba acreditado que el demandante sufrió un accidente de trabajo el 9 de abril de 2013, lo que condujo a que se le emitieran diversas recomendaciones médicas que estaban vigentes para la fecha de finalización del vínculo, y que dieron paso a su reubicación laboral, por lo que era claro que las dolencias que aquel presentaba impedían el desempeño normal de las funciones para las que fue contratado y que las mismas eran conocidas por el empleador; más aún cuando en dictamen emitido por la ARL Mapfre se había determinado una pérdida de capacidad laboral del 36,13% derivada del mentado accidentado. Con lo que coligió, la procedencia del rubro aludido.

Respecto a la indemnización plena de perjuicios, señaló que no se demostraba la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo sufrido por el demandante en el mes de abril de 2013, pues ninguno de los testigos dio cuenta de esa situación y por su parte la demandada demostró que le suministró al demandante los elementos de protección personal para la realización de la labor, como botas, casco, gafas y guantes, y que realizó inducción previo a la realización de las actividades, así como también, efectuó diferentes capacitaciones de trabajo de alturas y técnico de instalación de fibra óptica. Además, en la investigación del accidente de trabajo, se estableció que las causas inmediatas del mismo correspondieron a la falta de conocimiento de los riesgos de la zona, el tránsito, el desplazamiento por zonas agresivas y el bajo tiempo de reacción, sin que existiera evidencia de que se hubiera generado como consecuencia de la omisión del empleador, quien tomó distintas medidas preventivas y de control tendientes a proteger la salud del trabajador.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** expresó su inconformidad respecto de la absolución

dispuesta sobre la culpa patronal y los salarios y prestaciones sociales solicitadas. En cuanto al primer tópico, expuso que el juzgado no tuvo en cuenta que la actuación de las demandadas en cuanto al accidente de trabajo puede darse, por acción o por omisión, y en este caso, se verificó una clara omisión de todos los protocolos de seguridad industrial establecidos en la ley, en la medida en que los elementos de protección personal que fueron entregados al trabajador no fueron suficientes, y la encartada, no aportó prueba que dé cuenta de la idoneidad de los mismos, más aún cuando en este caso el demandante sufrió una caída de 12 metros, por lo que la actividad correspondía a trabajo en alturas, el cual requiere de permisos específicos, de un empleado que vigilara la seguridad y de una línea de vida, además, tampoco se acreditó que el trabajador estuviera capacitado para el efecto. También, aludió que la carga de probar el deber de cuidado estaba en cabeza del empleador, por lo que aquel debía demostrar no solo que trató de tomar medidas para disminuir las consecuencias del accidente, sino además que contaba con un Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Sobre los salarios y prestaciones sociales, adujo que los mismos no se excluyen con la indemnización por despido, toda vez que son concomitantes a la indemnización por fuero de estabilidad laboral reforzada, lo que implica que la terminación del vínculo debe ser declarada ineficaz, pues aun cuando no había una pretensión dirigida al reintegro, el *a quo* contaba con las facultades ultra y extra petita para así declararlo.

Redes y Comunicaciones de Colombia Ltda. en reorganización presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, aduciendo que existe una indebida apreciación de los hechos y de las pruebas, pues para resolver el asunto debió recurrirse a los postulados previstos en los art. 23 y 24 del CST, respecto de los elementos esenciales del contrato de trabajo, y en este caso, no se logró acreditar que el gestor hubiera prestado sus servicios directamente a esa sociedad, ya que no se comprobaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ello tuvo lugar, máxime cuando se probó que el promotor del proceso desarrolló actividades en proyectos distintos al de TV Azteca en los que Redcom no era el beneficiario.

Adicionalmente, respecto la subordinación, dijo que de las versiones de los testigos y del interrogatorio de parte del demandante, se desprendía que quien los dirigía y asignaba las actividades, estableciendo el tiempo y cantidad del

trabajo y concedía los permisos, era el gerente del proyecto o los coordinadores que estaban vinculados con la CTA y no con esa empresa, sin que puedan valorarse como indicios de dicho elemento, los formatos o algunos de los documentos que simplemente eran indicativos de la existencia de la relación comercial, pero no del hecho relativo a que se hubieran impartido órdenes, impuesto reglamentos o efectuado alguna exigencia para el cumplimiento de obligaciones, pues no se mencionó el nombre de una sola persona que laborara para Redcom que hubiese dirigido las actividades del demandante.

Añadió, que esa empresa no exigió la exclusividad del demandante, por el contrario, de acuerdo con el dicho del representante legal de la CTA, ellos tenían varios clientes a los cuales les podían prestar los servicios y que la subordinación puede derivarse del desempeño de un cargo propio de la estructura empresarial del beneficiario, sin embargo, esa empresa no cuenta con supervisor, coordinador y gerente de proyectos, y además, la persona a la que se hizo referencia en la sentencia como firmante de los correos con dominio de Redcom tampoco estuvo vinculada a la misma, situación sobre la que algunos de los intervinientes de la audiencia, precisaron se había dado en virtud de un acuerdo con la CTA, atinente a la facilitación del dominio del correo electrónico para sus trabajadores asociados, por un tema de gestión documental. Argumentos que sustentó en las decisiones de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia con radicación CSJ SL4479-2020, CSJ SL460-2021, CSJ SL2585-2019 y CSJ SL3621-2017, CSJ SL255-2015, CSJ SL981-2019, CSJ 34393, 25 ago. 2010.

Respecto del fuero de estabilidad reforzada, expuso que el mismo protege a los trabajadores que han sufrido una afectación sustancial en las actividades para las que fueron contratados, y en este asunto, el gestor continuó prestando sus servicios en diferentes cargos y ubicaciones, lo que demuestra que aunque pudo haber existido una afectación de salud, la misma no implicó la imposibilidad o incapacidad para laborar, de ahí que no era procedente la condena a la indemnización prevista en el art. 26 de la Ley 361 de 1997.

Sobre la indemnización por despido, expuso que no existe prueba de la decisión unilateral de CTA, ni mucho menos de Redcom, de dar paso a la terminación del convenio asociativo, por el contrario, es el gestor el que solicita de manera libre y voluntaria la devolución de los aportes sociales y esa es la razón por la que termina desvinculado; lo anterior sumado, al hecho objetivo relativo a que la CTA ya no ejecuta más proyectos y a partir de ese momento

entró en proceso de liquidación, de manera que la causa que dio origen a los servicios desapareció.

La **Cooperativa de Trabajo Asociado Grupo CS en reorganización** expuso en la alzada que el juez de primer grado desconoció las reglas y normas que rigen el trabajo asociado, pues aunque se hizo mención a lo normado en la Ley 1233 de 2008 y el Decreto 4588 de 2006, no tuvo en cuenta que las cooperativas de trabajo asociado, no cumplen la función de intermediación laboral a otras empresas, sino que simplemente se basan en la solidaridad y en el derecho de libre asociación que es constitucionalmente protegido. Dijo que con las pruebas arrimadas se verifica que el gestor se vinculó a esa CTA como cooperado, asumiendo los reglamentos, compensaciones, etc., por lo que no operaba la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

Expuso que con la testimonial de Claudia Rodríguez se acreditó que al demandante, se le hicieron capacitaciones y estuvo vinculado a otros proyectos, no solo al de TV Azteca, por lo que ante la inexistencia de la relación laboral declarada, por sustracción de materia tampoco eran procedentes las condenas impuestas, máxime cuando se acreditó que el gestor fue quien voluntariamente se desvinculó de la CTA y respecto de la indemnización consagrada en la Ley 361 de 1997, se desconoció por el *a quo* que en sentencia C-200-17, se estableció por la Corte Constitucional que para su procedencia debe haberse verificado la terminación bajo circunstancias de discriminación y no de un criterio objetivo.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 13 de mayo de 2022 se admitieron los recursos de apelación interpuestos por las partes; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a cada una para alegar (arch. 4, C002).

Tv Azteca Sucursal Colombia y la Cooperativa de Trabajo Asociado Grupo CS en reorganización presentaron alegaciones, la primera solicitando que se confirme la absolución dispuesta a su favor y la segunda reiterando los argumentos expuestos, en la sustentación del recurso de apelación (arch. 6 y 8, C002).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si entre el demandante y Redes y Comunicaciones de Colombia Ltda. en reorganización existió un verdadero contrato de trabajo, y en caso afirmativo, si había lugar a disponer la indemnización por despido sin justa causa, así como la prevista en el art. 26 de la Ley 361 de 1997 y la derivada de la culpa patronal consagrada en el art. 216 del CST. Adicionalmente, se analizará si había lugar a emitir pronunciamiento sobre el reintegro del actor en razón del fuero de estabilidad laboral reforzada invocado y si era procedente el pago de los salarios y prestaciones sociales causados con posterioridad al finiquito contractual.

Contrato de trabajo - Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del CST, modificado por el art. 1° de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 *ibídem*, modificado por el 2° de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, a quien resiste la pretensión, derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, SL1420-2018, SL1081-2021, y SL781-2022).

Por su parte, la Ley 79 de 1988, el Decreto 4588 del 2006 y la Ley 1233 de 2008, en especial, han regulado el trabajo cooperado; dispuso el art. 59 de la Ley 79 de 1988 que "*En las cooperativas de trabajo asociado en que los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, será establecido en los estatutos y reglamentos en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente, no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes* (…)"; norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-211 de 2000.

Así mismo, el art. 12 de la Ley 1233 de 2008 previó que "*El objeto social de LAS COOPERATIVAS Y PRECOOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO es el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno*". Según lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 4588 de 2006; el art. 7 de la referida ley, dispuso que las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión, con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes; y, el art. 8° *ibídem,* preceptúa que si los medios de producción y/o de labor empleados por la CTA son de terceros «*se podrá convenir con ellos su tenencia a cualquier título, garantizando la plena autonomía en el manejo de los mismos por parte de la cooperativa. Dicho convenio deberá perfeccionarse mediante la suscripción de un contrato civil o comercial*».

A partir del presente marco conceptual, la Sala encuentra probado que en el certificado de existencia y representación de Grupo CS CTA, se estableció que como organización sin ánimo de lucro tiene por objeto social en desarrollo del acuerdo cooperativo, generar y mantener trabajo sostenible para sus asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno (Págs. 86 a 90, arch. 1).

A su vez, en el certificado de existencia y representación legal de Redes y Comunicaciones de Colombia Ltda. en reorganización quedó consagrado que su objeto social consiste en la prestación de servicios profesionales y suministro, consultoría e interventoría en las áreas de ingeniería eléctrica, electrónica, de sistema y lógicas, de comunicaciones y telefonía, instalaciones telefónicas, instalaciones lógicas, ingeniería civil y de alimentos, interventoría a proyectos financiados por recursos de regalías a los sectores de educación, salud y de servicios públicos y la consultoría, interventoría, asesoría y auditoría, en las áreas social, alimentación y nutrición, salud, educación, agricultura, gestión documental, transporte terrestre y concesiones de todo tipo (Págs. 77 a 85, arch. 1).

Igualmente, se constata que Redes y Comunicaciones de Colombia Ltda. en reorganización, el 9 de octubre de 2012 celebró contrato de supervisión del contrato de construcción, instalación y tendido de fibra óptica con Tv Azteca Sucursal Colombia (Pág. 35 a 48, arch. 1).

También se observa, que el 1º de diciembre de 2011 la Cooperativa de Trabajo Asociado Grupo CS celebró con Redes y Comunicaciones de Colombia Ltda. en reorganización contrato de prestación de servicios de interventoría y consultoría técnica, administrativa, jurídica y/o financiera en telecomunicaciones, tecnologías de la información y comunicación, gestiones sociales, petroleras, hidrocarburos y obras de infraestructura según órdenes de servicios en la modalidad de apoyo logístico (Pág. 1056 a 1058, arch. 1); y, que el 12 de enero de 2012, las demandadas suscribieron otro sí a dicho acuerdo en el que establecieron "*El contratante, con el objeto de facilitar la prestación de los servicios contratados autoriza expresamente a Grupo CS a utilizar distintivos y marcas de la empresa en uniformes, documentos, correos electrónicos, formatos, carné de identificación, en las actividades que los trabajadores asociados que hacen parte de Grupo CS realicen con fines de ejecutar procesos encargados previamente al Contratante*" y la modificación de la cláusula quinta que quedó así "*QUINTA. FORMA DE PAGO: El CONTRATANTE pagará al grupo CS el valor correspondiente al servicio suministrado de acuerdo con las tarifas concertadas, los días 30 de cada mes o el anterior hábil si llegare a caer en fin de semana o festivo (…). Parágrafo: Por solicitud expresa de GRUPO CS y con el objeto de reducir los costos operacionales y financieros generados por el presente contrato; las partes acuerdan que EL CONTRATANTE efectuara los pagos que indique GRUPO CS a los trabajadores asociados de manera directa con fundamento en la facturación mensual. Las partes manifiestan y así dejan constancia que la presente cláusula no genera ningún tipo de vinculación laboral ni con la Cooperativa ni con los trabajadores asociados estando la misma y sus efectos dentro de las normas civiles y comerciales que rigen el acuerdo*" (Pág. 1059 a 1060, arch. 1).

Por su lado, el 1° de diciembre de 2011 las demandadas celebraron contrato de comodato actuando Redcom Ltda. como comodante y Grupo CS como comodataria, en el que se estableció que la primera entregaba a título de préstamo de uso bienes de su propiedad, tales como infraestructura física (edificios, cafetería, baños, muebles, escritorios, sillas) y la infraestructura tecnológica (equipos de cómputo, PC´s, portátiles, celulares, teléfonos redes de

telecomunicaciones, entre otros); así mismo, que los bienes descritos estarían ubicados en la sede del comodante y podrían ser utilizados únicamente para realizar actividades propias de la unidad estratégica de Redcom Ltda, como servicios de interventoría y consultoría técnica, administrativa, jurídica y/o financiera en telecomunicaciones, tecnologías de información y comunicación, gestiones sociales petroleras, hidrocarburos y obras de infraestructura según órdenes de servicio al proyecto asignado, elaborar comunicados hacia los clientes, compañeros y coordinador del proyecto y realizar la solicitud de requerimiento sobre lo que se había estipulado con el cliente (Pág. 1061 a 1062, arch. 1).

De otro lado, se tiene que el 1º diciembre de 2013, el demandante presentó solicitud de ingreso a la Cooperativa de Trabajo Asociado Grupo CS (pág. 870, arch. 1), la cual fue aceptada en esa misma fecha por esa demandada (pág. 869, arch. 1) CTA; y, el 3 de diciembre de 2012, se celebró convenio de asociación (págs. 50 a 51, arch. 1) y Convenio de Trabajo Autogestionario en el que se determinó que desde ese momento el actor se desempeñaría como trabajador asociado en calidad de supervisor de campo de Tv Azteca, por lo cual, se le pagaría una compensación ordinaria, ayuda de transporte y otros pagos que no constituían compensación (págs. 52 a 53, arch. 1).

Así mismo, se constata que se suscribieron otros síes en los que se acordó que desde el 19 de noviembre de 2013, el gestor se desempeñaría como "INTERVENTOR/TICS RURALES"; desde el 1° de enero de 2014 como "ANALISTA TÉCNICO/TIC RURALES"; y, a partir del 14 de agosto de 2014 como "PROFESIONAL DE APOYO ETAPA DE OPERACIÓN/PUNTOS VIVE DIGITAL"(sic) (págs. 54, 55, 65, arch. 1); que Grupo CS CTA, en certificación del 10 de noviembre de 2016, hizo constar tales situaciones y el primer cargo desempeñado por el actor se ejecutó hasta el 18 de noviembre de 2013, el segundo, hasta el 31 de diciembre de 2013, el tercero hasta el 11 de agosto de 2014, y por último, fue designado como "Ingeniero Junior/PNCAV" desde el 22 de agosto de 2016 y para ese momento recibía una compensación de $1.908.267 (Pág. 101, arch. 1).

Y se tiene que en el cargo de supervisor de campo dependía del coordinador de operaciones de campo (págs. 264 a 268, arch. 1); como interventor de campo el demandante debía realizar verificaciones técnicas en sitio y recolección de evidencias del desarrollo del proyecto TIC´S Rurales, y el jefe inmediato era el

coordinador de operaciones de campo (págs. 244 a 247, arch. 1); en el de profesional de apoyo tenía a su cargo funciones técnicas del proyecto resultante del convenio celebrado entre SERTIC y FONADE para llevar a cabo la interventoría técnica, social, administrativa, financiera y jurídica a la implementación y operación del proyecto puntos vive digital fase 1 y su jefe directo era el Director Técnico (págs. 251 a 258, arch. 1)

También obra en el plenario, evaluación de conocimientos de cooperativismo realizada por el actor (pág. 872 a 873, arch. 1); solicitud de descanso anual del 13 de diciembre de 2013, 18 de diciembre de 2015, 14 de marzo y 9 de agosto de 2016 (pág. 880, 1013, 1014, 1016, arch. 1); autorización de descuentos de la compensación por concepto de anticipos (pág. 881, arch. 1); certificado de asistencia al seminario teórico práctico de Técnicas de instalación de fibra óptica emitido el 14 de diciembre de 2012, por el Director General de Redcom Ltda. y el ingeniero electrónico especialista en fibra óptica de CYFO Cía SA (pág. 56, arch. 1), así como las planillas de control de la comparecencia a dicho entrenamiento en las que figura el gestor, que datan del 3, 5 y 7 de diciembre de 2014 (págs. 57 a 59, arch. 1); control semanal de actividad preventiva que cuenta con el logo de la demandada Redcom Ltda. efectuados el 5 y 6 de diciembre de 2013, del 9 al 13 de diciembre de 2013, de ejercicios de estiramiento, de pausas activas y ejercicios con elementos ergonómicos (pág. 60 y 62, arch. 1); actas de entrega de equipos al gestor del 19 de noviembre de 2013, en la que se hizo constar el suministro de un portátil Probook 4420s, de un teclado, un *mouse* y una guaya, en el que se establecieron las condiciones de su uso y que su desconocimiento implicaría una falta grave al código interno de Redcom Ltda. (págs. 63 a 64, arch. 1) y del 25 de junio de 2014, con logo del Grupo CS en la que se hizo constar el suministro de un computador, un teclado y un *mouse* y se estableció que el desconocimiento de las condiciones sería tomado como una falta grave al Código Interno de la CTA, sobre lo que se advierte que las placas de tales elementos contaban con *sticker* de inventario de activos de la codemandada Redcom Ltda. (págs. 66 a 67 y 69 a 71, arch. 1); y, control de entrega de suministros de oficina (esfero, block de notas, portapapeles, resaltador) del 13 de febrero de 2015, con logo de la sociedad Redcom Ltda. (pág. 74, arch. 1).

Igualmente, militan en el cuaderno relación de las transacciones efectuadas por parte de Redcom Ltda. en las que se incluyen pagos al demandante por concepto de legalizaciones el 30 de diciembre de 2012, en julio,

agosto y octubre de 2013 (pág. 103 a 105, arch. 1); reglamento para la legalización de gastos de viaje con logo de Redcom Ltda. entregado el 7 de diciembre de 2012 (pág. 109 a 111, arch. 1); respuesta a derecho de petición elevado por el gestor ante Bancolombia que data del 8 de noviembre de 2017, en el que se había solicitado que se informara qué empresa le había efectuado pagos con descripción "PAGO DE PROV REDES Y COMUNICA" o "PAGO DE NOM REDES Y COMUNICA", frente a lo cual se le informó que bajo la razón social Redes y Comunicaciones de Colombia Ltda. identificada con NIT 800237475 se habían realizado pagos a su favor, en su mayoría, en los días finales del mes desde el 28 de diciembre de 2012 hasta el 2 de octubre de 2017 (págs. 116 a 118, arch. 1); y, el certificado de pago aportes a seguridad social efectuados por la CTA en vigencia de la vinculación del gestor (págs. 119 a 152, arch. 1).

De otro lado, reposan correos electrónicos: del 26 de noviembre de 2012, por medio del cual el gestor envió su hoja de vida a la cuenta *selecccion@redcom*.com.co (pág. 154, arch. 1); y, dirigidos al demandante por parte de personas que se identificaron como trabajadores de Redcom Ltda, del 12 de enero de 2013, por Harvey Santos Cárdenas, quien se suscribe, como Coordinador Regional del Proyecto TV Azteca, en el que desde la cuenta Harvey.santos@redcom.com.co, remite manuales de instalación, contratos y formatos a diligenciar en campo (págs. 154 a 155, arch. 1); del 27 de noviembre de 2012, dirigido por Claudia Cañadulce como analista de Gestión Humana, en el que se adjunta el listado de documentos para el ingreso (pág. 157 a 159, arch. 1); del 28 de enero de 2013, enviado por Sandra Patricia Ruíz Hernández en calidad de analista, desde la cuenta sandra.ruiz@redcom.com.co, en el que se indicó que por ese medio se podían recibir novedades de incapacidades, licencias de maternidad o ley María, pero las mismas también debían ser presentadas en original a gestión humana, y de que lo contrario no se reconocería el derecho (págs. 161 a 162, arch. 1); del 30 de octubre de 2013 y del 31 de octubre de 2013, en los que Lubis Aparicio González como Gerente de Proyectos, pone de presente gerencia@cooperativacs.com y gestionhumana@cooperativacs.com, el pago del saldo de un anticipo del demandante (págs. 169, arch. 1) y se comunica con el demandante para establecer el pago de días feriados trabajados (pág. 170, arch. 1); del 31 de julio de 2014, emanado de la cuenta de Cristian Hernán Rincón, asesor documental de TIC´S Rurales, sobre la citación a reunión de seguimiento interno (pág. 182, arch. 1); del 11 y 24 de agosto de 2014, en el que Claudia Patricia Sarmiento Galindo, como Gerente HSE solicita a Edgar Lozano copia de la investigación y reporte del accidente sufrido por el demandante, previa

solicitud efectuada por aquel (págs. 185 a 186 y 189 a 190, arch. 1); del 26 de agosto de 2014, de Clara Inés Angarita Correa como Gerente de Operaciones en el que se informa que el gestor sería asignado al área de PVD y que para el efecto se debía proceder al cambio del contrato mediante otro sí (pág. 195, arch. 1); y, del 23 de agosto de 2013, en el que Adriana Rubiano en calidad de Coordinadora de Selección le solicita a Claudia García que le informe en qué proyecto sería asignado el gestor, indicando que se habían comunicado con ella desde el Grupo CS para formalizar el otro sí (págs. 196 a 197, arch. 1)

Solicitudes del demandante del 29 de julio de 2014, a cuentas de correo de la CTA pidiendo información sobre el reporte del accidente de trabajo (pág. 180, arch. 1); y, correo del 3 de febrero de 2015, de la Gerencia del Grupo CS indicando al gestor que no es posible acceder a la nivelación salarial que aquel había solicitado (pág. 210, arch. 1).

En cuanto al fenecimiento del vínculo, se observa que mediante comunicación del 8 de septiembre de 2017, la gerente de la CTA le informó al gestor que debido a la salida masiva de trabajadores asociados, había entrado en causal de liquidación de acuerdo con la Ley 79 de 1988, por lo que se veían en la obligación de terminar con los pocos convenios de asociación y de trabajo autogestionario que se encontraban vigentes, incluyendo el de él, que fenecería desde esa misma fecha (pág. 113 y 1017, arch. 1).

Sobre las declaraciones rendidas al interior del proceso se tiene que se practicó en primera medida interrogatorio de parte al representante legal de la cooperativa, quien aceptó que el demandante prestó su apoyo en la ejecución de varios proyectos, incluyendo la orden de servicios celebrada con Redcom Ltda. en el proyecto de Tv Azteca, como supervisor de campo, labor en la que verificaba que se instalaran las fibras ópticas en algunas zonas del país y hacía acompañamiento a las cuadrillas, comprobando que cumplieran con el uso de los elementos de protección personal y dando recomendaciones del buen uso de la fibra óptica. Agregó que la CTA contaba con unos coordinadores, que eran asociados y les daba las indicaciones a los supervisores sobre a qué zonas tenían que dirigirse de acuerdo con el cronograma de actividades.

El representante legal de Redcom Ltda., expuso que con Grupo CS se celebró un contrato para realizar labores de campo en el contrato que ellos tenían con TV Azteca, para supervisar, medir y participar en las pruebas de la

instalación de fibra óptica. Agregó que el contrato con la CTA exigía la participación de coordinadores que eran asociados, y que para la ejecución del objeto contractual a través del gerente de proyectos de Redcom Ltda. les entregaban el cronograma y los municipios que estaban listos, para que ellos la transmitieran a los supervisores, pues esa sociedad no contaba con personal en campo; que para efectos documentales se acordó que Grupo CS podía utilizar el dominio de ellos para el envío de correos electrónicos, con el fin de enviar información de las fotos de los nodos y de los puntos en los que se hacía supervisión y luego ellos recopilaban la información.

Y en el interrogatorio de parte, el demandante expuso que para su vinculación se presentó a una convocatoria realizada por Redcom Ltda. y que en las instalaciones de dicha sociedad le hicieron la entrevista y distintas pruebas y después fue enviado a otra dirección donde se situaba la CTA, y allí le entregaron un libro sobre el cooperativismo y le dieron una copia del contrato; que después del accidente trató con Nuri García que hacía parte de recursos humanos de la sociedad demandada; que fue enviado a campo donde trataban con coordinadores quienes les decían a qué ciudades debían desplazarse y con los gerentes de proyectos que le indicaban qué necesitaban, en las reuniones a las que era enviado como representante de Redcom ante Mintic, sin embargo, desconoce con quién estaban vinculados laboralmente; que para solicitar permisos se dirigía a su jefe directo (Lubis Aparicio) o al gerente de proyectos, la labor consistía en hacer acompañamiento de tendido de fibra óptica, hacer recorrido del tramo, hacer un recuento de lo que se había instalado y entregar informes documentales en fotos a los coordinadores que eran los jefes inmediatos.

Por su parte, en cuanto a las versiones de terceros que fueron solicitados por la parte demandante, Wilmer José Granados Cuello dijo que conoce al actor porque eran amigos en la universidad y que estuvo vinculado a Grupo CS desde diciembre de 2012 hasta septiembre de 2013 y en cuanto a Redcom Ltda. sostuvo que por medio de la misma se hacía todo el proceso de reclutamiento y capacitaciones antes de iniciar con las funciones y asociarse a la CTA; que igual que el actor, se desempeñó como supervisor de campo, cargo en el que tenían que desplazarse de ciudad en ciudad para hacer la revisión del tendido de fibra óptica, de acuerdo con la ruta que les asignaban los coordinadores y también tenían trabajo de oficina relacionado con la elaboración de informes, el cual cumplían en las instalaciones de Redcom, donde les hicieron entrega de

elementos de protección personal como botas con puntas de acero, casco y guantes. Señaló que las capacitaciones de trabajo en alturas se las suministró la anotada sociedad y que antes de iniciar el trabajo en campo recibieron formación sobre normas de seguridad. Que no recuerda quién le pagaba la nómina, pero sí que la legalización de los viáticos se hacía por medio de Redcom; que los elementos de protección no contaban con ningún distintivo, pero si la dotación tecnológica, como los computadores, que tenían etiquetas de inventario de Redcom; que las órdenes e instrucciones eran impartidas por líderes expertos asignados a cada zona quienes también estaban vinculados con Grupo CS.

Juan Camilo Atencia Amín, dijo que conoce al demandante porque estudiaron juntos en la universidad y trabajaron en Redcom, por medio del contrato que firmaron con Grupo CS desde finales de 2012, el cual, en su caso, se extendió hasta mediados de 2013. Dijo que tanto él, cómo el actor ingresaron a raíz de la convocatoria realizada por Redcom y que en las instalaciones de esa sociedad se llevaron a cabo las entrevistas, así como una capacitación en fibra óptica; que también recibieron adiestramiento en trabajo en alturas, el cual se hizo en una entidad externa; que él y el actor eran supervisores de campo y tenían como función principal hacer seguimiento a unos cables de líneas de fibra óptica en varios departamentos del país y que para el efecto recibía instrucciones de líderes que tenían correos corporativos de Redcom, sin embargo, no tiene certeza de si los mismos laboraban para esa compañía; que se les pagaban viáticos los cuales eran reconocidos por Redcom Ltda.; que en las instalaciones de esa empresa, se les suministraron elementos de protección personal, como GPS, botas, casco y un podómetro; que en campo no había quien supervisara su trabajo, por el contrario ellos eran los que supervisaban a las cuadrillas que estaban tendiendo la fibra óptica. En cuanto al trabajo en campo, dijo que desde Bogotá les daban la instrucción de realizar un tramo que se componía de un punto inicial y uno final y de acercarse al punto más cercano del poste a tomar la coordenada geográfica para realizar el trabajo y hacer un registro fotográfico que permitiera ver la marquilla, pero no les mencionaban cuáles eran las condiciones del terreno. Agregó, que él no recibió curso de cooperativismo y que cree que el actor tampoco; que en su caso las compensaciones eran pagadas por Grupo CS y los viáticos por Redcom Ltda.; que los permisos para ausentarse eran dados por el jefe inmediato, es decir el líder, que en su caso era Julio César.

Edgar Lozano Reyes dijo que ingresó a la CTA en el año 2011 donde fue contratado para analizar el sistema de gestión integral como profesional HSEQ

que era el área encargada de los temas de seguridad, salud, medio ambiente y calidad y que en virtud de ello trabajó en las instalaciones de Redcom Ltda. Que el demandante ingresó por medio de Grupo CS para prestar sus servicios a la codemandada; que sabe que los superiores del actor eran el Gerente de proyectos y un coordinador; que a los supervisores se les entregaban por parte del área a la que él pertenecía elementos de protección personal como botas de seguridad, casco, impermeable y gafas, que desconoce quién los proveía, pero las personas de su área eran los que los suministraban en las instalaciones de Redcom, donde también hacían la inducción; que la empresa estaba obligada a suministrar una inducción y reinducción que eran dadas por él en las instalaciones de Redcom en temas de la política, los riesgos, los peligros, reglamento de trabajo, reglamento de higiene y seguridad, uso de elementos de protección personal, plan de emergencia y las capacitaciones especializadas en temas de riesgos las daba la ARL Mapfre, quien brindó acompañamiento en la investigación del accidente de trabajo sufrido por el actor; dijo que el área en la que él trabajaba estaba conformada por analistas y una coordinadora de Grupo CS y le rendían cuentas a la Gerencia Administrativa de Redcom; también dijo que la empresa tenía el sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo vigente; y, que desconoce quién le daba las órdenes al demandante porque el proyecto estaba conformado por personal de Redcom y de Grupo CS.

A su vez, sobre los testigos pedidos por la llamada a juicio, se advierte que Claudia Esperanza Rodríguez Mora adujo que estuvo vinculada a Grupo CS del 23 de julio de 2013 al 31 de julio de 2017, donde estaba encargada de hacer certificados de asociación, los desprendibles de pago de compensaciones y requerimientos por correo electrónico; que conoció al actor, y cuando ella ingresó él se encontraba incapacitado, que después a su regreso ingresó al proyecto TICS Rurales del cliente Redcom Ltda., en el que se le asignaron labores de oficina; que sobre los elementos de trabajo sabe que la CTA celebraba contratos de comodato con los clientes y ellos cedían el uso de marcas, logos, correos, herramientas, etc.; que las indicaciones o instrucciones al gestor se las daba el coordinador o supervisor del proyecto que era asociado de Grupo CS; que antes del ingreso a la CTA los asociados recibían un curso de cooperativismo y después contestaban un cuestionario con preguntas relacionadas con el mismo.

Ángela Patricia Bejarano Guerrero señaló que fue asociada de Grupo CS desde el 2012 hasta el año 2017 donde tenía a cargo el proceso de asesora de HSQE; que por ello conoció al gestor, quien era dirigido por los líderes o

coordinadores de campo; que sabe que a todos los trabajadores asociados que ejercían labores de campo se les entregaban elementos de protección personal conforme a la evaluación de riesgos y los procesos a los que estaban asignadas. Añadió que en los cursos de cooperativismo se indicaban cuáles eran los estatutos de la CTA y cuáles eran los beneficios de los asociados; y, que ella asistió a una reunión de asociados en la que no vio al actor y a las demás no pudo ir, a pesar de haber recibido la convocatoria.

Luisa Fernanda Sarmiento Betancourt dijo que celebró convenio de trabajo asociado con Grupo CS y su vinculación se extendió de octubre de 2012 a julio de 2017; que conoció al actor porque inicialmente ejecutó la misma labor que tenía aquel, después una de sus actividades principales era recopilar información de supervisores de campo, dentro de los que estaba Rodman y luego también estuvo en un equipo de trabajo del que hacía parte el gestor; que en el caso suyo recibió los pagos de compensaciones y viáticos por parte de Grupo CS, pero desconoce cómo fue para el gestor; que los permisos se solicitaban al coordinador asignado del cual hacía parte de Grupo CS; que las capacitaciones sobre prevención de accidentes de trabajo y enfermedades laborales eran suministradas por Ángela Bejarano y Edgar Lozano, quienes eran asociados de la CTA; que ella nunca asistió a ninguna Asamblea de la Cooperativa, pero supo que se llevaron a cabo; que el correo electrónico por ella utilizado era de dominio de Redcom; y, que el trabajo documental recopilado en campo se lo entregaba a un analista que pertenecía a Grupo CS.

Hasta aquí, se tiene que el demandante prestó sus servicios en condición de trabajador asociado a la cooperativa de trabajo CS, en beneficio de Redes y Comunicaciones de Colombia Ltda. en reorganización, desde el 3 de diciembre 2012; y que ello ocurrió en virtud de que, entre la sociedad y Grupo CS, se pactó la tercerización de un proceso operativo; así mismo, advierte la Sala que fue únicamente en el plano formal que las demandadas pretendieron dar cumplimiento a las disposiciones aplicables en materia de cooperativismo, sin embargo, resulta claro que desde la vinculación del demandante, la CTA fungió como simple intermediaria de la verdadera relación laboral subordinada que tuvo aquel como Redcom Ltda., pues en primera medida es dable colegir que el ánimo asociativo, se desvirtúa con el hecho de que tanto la convocatoria, como el proceso de selección para el ingreso al cargo inicialmente desempeñado, hubiera sido adelantados por la beneficiaria del servicio.

Luego, en la ejecución de la relación de trabajo, se patentiza que aunque los jefes inmediatos del actor, que eran los líderes y coordinadores, también estaban vinculados como trabajadores asociados de Grupo CS, lo cierto es que los superiores jerárquicos de los últimos eran los Gerentes de Proyectos de Redcom que les entregaban el cronograma y los municipios que estaban listos, es decir, que la estructura organizacional de la que pendía el cargo del demandante iniciaba con el personal de dicha compañía y no de la CTA, pues así se infiere del análisis conjunto del interrogatorio de parte practicado al representante legal de esa sociedad y de la versión de Edgar Lozano Reyes, así como del cruce de correos electrónicos antes referido, del que además se extrae que los asuntos administrativos, relacionados con incapacidades, la reubicación laboral del gestor y pago de anticipos eran gestionados y regulados por Redcom Ltda., lo que descarta la autonomía de la CTA Grupo CS.

Últimas condiciones que también se desacreditan con el pago de las compensaciones ordinarias que eran giradas directamente por la mentada sociedad al trabajador, ya que a pesar de que ello trató de respaldarse con la suscripción de un otro sí a la orden de prestación de servicios celebrado entre las codemandadas, en criterio de esta Corporación, ese hecho lo único que denota es que tampoco existía autonomía financiera y administrativa de la CTA, sobre todo si se tiene en cuenta que para que se hicieran efectivos diversos pagos las gestiones pertinentes se adelantaban ante empleados de Redcom Ltda.

A lo anterior se suma, que al margen de que no se haya probado que la beneficiaria del servicio tenía dentro de su personal empleados que desarrollaran las mismas actividades que le fueron asignadas al gestor, no se puede perder de vista que las funciones encargadas en los distintos cargos desempeñados por este, hacían parte de las labores misionales permanentes de Redes y Comunicaciones de Colombia Ltda. en reorganización, en la medida en que estaban asociadas a las tareas de supervisión e interventoría, que hacen parte justamente de los servicios que aquella prestaba a terceros, tal como se infiere del objeto social establecido en el certificado de existencia y representación legal adosado, de las descripciones de los cargos y del alcance del contrato de prestación de servicios que celebró en su momento con TV Azteca.

Con lo observado, se corrobora que Redcom Ltda. siempre operó como determinadora de las condiciones en las cuales debía el promotor del proceso ejecutar su trabajo, sin que exista elemento de convicción alguno dé certeza de

que en algún momento las labores encargadas hubieran sido prestadas en favor de un tercero distinto de la llamada a juicio, como se alega en la alzada y en esa medida habrá de confirmarse la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo, dispuesta en primera instancia.

Indemnización por despido sin justa causa.- Al respecto, es menester indicar que de antaño la jurisprudencia ha enseñado que cuando se pretende la indemnización por terminación sin justa causa del contrato se distribuye a cada una de las partes del proceso la carga de la prueba, al trabajador le corresponde acreditar el rompimiento del vínculo por parte del empleador, y al empleador, demostrado el despido, la justa causa de su proceder, si la hubo (CSJ sentencias SL2148 del 13 jun. 2018 rad. 61164, SL1166 del 18 abril de 2018 rad. 46384 y SL5523 de 6 abr. 2016 rad. 41280, entre otras).

En este asunto, advierte la Sala que ninguno de los medios de convicción demuestra que el gestor hubiera tomado la determinación de dar paso al finiquito laboral, como se adujo en el recurso, pues del interrogatorio de parte que se le practicó solo se desprende que aquel admitió haber pedido la devolución de sus aportes sociales, sin embargo, previo a ello precisó que ello obedeció a la decisión de Grupo CS de desvincularlo, situación que además se acredita con la comunicación del 8 de septiembre de 2017, en la que la gerente de la CTA le informó que debido a la salida masiva de trabajadores asociados, se veían en la obligación de terminar con los pocos convenios de asociación y de trabajo autogestionario que se encontraban vigentes, incluyendo el de él, que fenecería desde esa misma fecha (pág. 113 y 1017, arch. 1).

En ese orden, se advierte que aunado a que las razones invocadas no se enmarcan dentro de las justas causas de terminación previstas en el art. 62 del CST, al haberse declarado la existencia de un verdadero contrato de trabajo con Redcom Ltda., las mismas perdieron su fundamento y en ese sentido era procedente imponer condena por el concepto analizado, de manera que se confirmará lo dispuesto sobre el particular en primera instancia.

Indemnización Ley 361 de 1997.- Para resolver, se tiene que la Ley 361 de 1997 en su art. 26, previó que ninguna persona en situación de discapacidad podría ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo; y que en caso de que ello llegase a ocurrir sin el cumplimiento previo de dicho requisito, el trabajador

tendría derecho a una indemnización equivalente a 180 días de salario. Disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-531-2000, bajo el entendido de que, en concordancia con los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (arts. 2º y 13 de la CP), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (arts. 47 y 54 ídem), también «*carecerá de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación*», entendiéndose por tal, su estado o situación de discapacidad.

Es así como en sentencia CSJ SL3772-2018, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, estableció los presupuestos que deben cumplirse para que proceda la ineficacia del despido, al amparo de la normatividad citada, y dijo:

> *"Frente a los reproches traídos en el cargo, el Tribunal no incurrió en ningún desvío interpretativo respecto del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al estimar que la estabilidad laboral reforzada allí prevista no operaba automáticamente en todos los casos, puesto que esta consideración se aviene a la jurisprudencia emitida por esta Corporación, en cuanto a que la ineficacia del despido prevista en la norma requiere la presencia de varios presupuestos, tales como i) que el trabajador padezca de un estado de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen; ii) que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad; iii) que el patrono despida al trabajador de manera unilateral y sin justa causa; y iv) que el patrono no solicite la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo.*

Y a su vez, en decisión CSJ SL1236-2021, la referida Corporación en torno a la prueba de las condiciones que dan paso a la protección de estabilidad laboral, precisó:

> *"(…) La jurisprudencia reiterada y pacífica de esta Corporación ha adoctrinado que, para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento, no es suficiente que, al momento del despido (o del preaviso en los contratos de trabajo a término fijo), el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse que, al menos tuviera, una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, CSJ SL10538-2016, CSJ SL5163-2017, CSJ SL11411-2017 y CSJ SL4609-2020).*
>
> *En esa línea, esta Corte tiene establecido que, para conocer ese nivel de disminución en el desempeño laboral, por razones de salud, no basta que aparezca en la historia clínica el soporte de las patologías y secuelas que padece un trabajador, porque la situación de discapacidad en que se encuentra el trabajador no depende de los hallazgos que estén registrados en el historial médico, «sino de la limitación que ellos produzcan en el trabajador para desempeñar una labor y, precisamente, esa limitación no es posible establecerla sino a través de una evaluación de carácter*

técnico, donde se valore el estado real del trabajador desde el punto de vista médico y ocupacional», CSJ SL572-2021.

Esa es la razón de la importancia de una calificación técnica descriptiva del nivel de la limitación que afecta a un trabajador en el desempeño de sus labores. No obstante, la jurisprudencia laboral reconoce que no es el único medio probatorio idóneo para probar esa condición y, con fundamento en el principio de libertad probatoria y formación del convencimiento del art. 61 del CPTSS, en el evento de que no exista una calificación del grado de la limitación que pone al trabajador en situación de discapacidad, esta Sala admite que la limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentre el trabajador, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, verbigracia, cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, se encuentra en proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, cuenta con concepto desfavorable o desfavorable de rehabilitación, o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo, CSJ SL572-2021".

Con lo anterior, en el presente caso encuentra la Sala acreditado que el demandante sufrió un accidente de trabajo el 9 de abril de 2013 (págs. 979 a 980, arch. 1) y que como consecuencia de este fue calificado inicialmente con una pérdida de capacidad laboral del 26,77% estructurada el 23 de septiembre de 2013 (págs. 390 a 393, arch. 1), determinación que fue variada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander en dictamen del 21 de febrero de 2014, en el que se estableció que el gestor contaba con una PCL del 32,02% (págs. 433 a 439, arch. 1).

Así mismo, se constata que mediante dictamen del 17 de agosto de 2017 emitido por Mapfre, se revisó la pérdida de capacidad laboral del gestor y se determinó que la misma era del 36,13% (págs. 494 a 507, arch. 1), estructurada el 23 de septiembre de 2013, decisión que luego de ser modificada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá el 16 de marzo 2018, (págs. 517 a 526, arch. 1), fue variada y finalmente establecida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de Bogotá el 20 de febrero de 2019, ente que determinó que el promotor del proceso contaba con una PCL del 39,44 estructurada el 15 de febrero de 2017, derivada de las patologías de fractura de radio y cúbito, fractura de vertebrales L1 - L3, lesión ligamentaria de muñeca derecha, disfunción eréctil, vejiga neurogénica, dolor crónico y trastorno de adaptación (págs. 527 a 542, arch. 1).

A su vez, se verifica que al convocante le fueron emitidas recomendaciones laborales por parte de Mapfre Colombia por el término de 6 meses el 26 de septiembre de 2013 y por un año el 12 de marzo de 2014 y el 12 de septiembre de 2017 (págs. 385, 431 y 480, arch. 1); que se hizo seguimiento mediante lista

de chequeo de las recomendaciones médicas que datan del 5 y 12 de noviembre, 4 de diciembre de 2015, 5 y 19 de febrero, 8 de marzo, 5 de abril, 17 de junio, 13 de julio, 8 de septiembre, 4 de noviembre de 2016 (págs. 969 a 978, arch. 1); que en el interrogatorio de parte practicado al representante legal de Redcom Ltda. aquel admitió que habían sido informados del accidente de trabajo sufrido por el gestor; y, que en el cruce de correos electrónicos del 11 y 24 de agosto de 2014 y, del 23 de agosto de 2013, Claudia Patricia Sarmiento Galindo, como Gerente HSE y Adriana Rubiano en calidad de Coordinadora de Selección, ambas de la sociedad demandada, hacen mención a la reubicación laboral del gestor con ocasión del suceso anotado (págs. 185 a 186 y 189 a 190, arch. 1) y (págs. 196 a 197, arch. 1).

Con todo lo anterior, se concluye que el demandante para el momento de su desvinculación ostentaba la condición de sujeto de protección de la estabilidad laboral reforzada consagrada en la Ley 361 de 1997, en la medida que ostentaba un grado de discapacidad severa y que era conocida por la demandada al momento de la finalización del contrato; a su vez, y aunque se alega la existencia de una causa legal y objetiva asociada a que la Cooperativa de Trabajo Asociado había entrado en causal de liquidación de acuerdo con la Ley 79 de 1988, como se explicó en precedencia, ante la declaratoria de la relación de trabajo con Redcom Ltda. es dable colegir que el objeto contractual permaneció vigente, sin que dicha sociedad hubiese ofrecido alguna razón objetiva que acreditara que la subsistencia del contrato de trabajo con el demandante resultaba imposible, por lo que la decisión unilateral de dar paso al finiquito del vínculo a la luz de la normatividad reseñada se presume discriminatoria y por ello se confirmará la condena impuesta en primera instancia.

Reintegro, salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde la desvinculación.- En torno a la petición de reintegro que se eleva en la alzada, es preciso anotar que aunado a que dicha súplica no fue solicitada en la demanda, ni se desprende de los hechos, fundamentos y razones en los que se apoyó la misma que ese fuera el querer de la parte actora, pues incluso en la sustentación del recurso se admite que no se pidió, no había lugar a disponerlo en primera instancia máxime cuando tampoco se refirió en el escrito inicial que el despido se hubiera tornado ineficaz. De manera que, como los salarios y prestaciones sociales, únicamente se causan mientras el vínculo laboral se mantenga vigente, no es procedente la condena solicitada por la parte actora, y en tal sentido se confirmará la decisión de primera instancia.

Culpa patronal.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 56 y 57 numeral 2 del CST, es deber esencial del empleador brindar seguridad a los trabajadores y proveerles los elementos adecuados para protegerlos de accidentes que pongan en riesgo su vida o su integridad. Por eso el empleador para exonerarse de la responsabilidad contractual en caso de infortunio laboral, debe demostrar su diligencia para prevenir o evitar su ocurrencia.

Frente a los accidentes de trabajo surgen dos clases de responsabilidades, una objetiva, del sistema general de riesgos profesionales, en la que el empleador subroga el riesgo con la afiliación a una ARL, quien responde por las contingencias que se presenten de origen laboral; y la otra, de naturaleza subjetiva, prevista en el art. 216 del CST, que se edifica en la culpa del empleador, quien tiene la obligación de indemnizar de acuerdo con la magnitud del daño que se produce al trabajador o a sus beneficiarios, esto es, para establecerla se requiere además de la demostración del daño y el nexo de causalidad con el trabajo, el incumplimiento del empleador de los deberes de protección y cuidado.

En ese orden, teniendo en cuenta que las demandadas formularon la excepción de prescripción, se considera innecesario efectuar un mayor análisis sobre la procedencia o no de la indemnización plena de perjuicios procurada, toda vez que, aun cuando se acogieran los argumentos expuestos en la apelación, no habría lugar a proferir condena alguna, pues a juicio de la Sala, dicho medio de defensa está llamado a prosperar.

De conformidad con lo dispuesto en los art. 488 y 489 del CST y 151 del CPTSS, los derechos laborales prescriben en 3 años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se hizo exigible y el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe el término de prescripción por una sola vez, el que empieza a contabilizarse nuevamente a partir del reclamo y por un término igual.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que al tratarse de la indemnización plena de perjuicios contenida en el art. 216 del CST, el término de prescripción inicia a correr desde el momento en que se establezcan las secuelas que el accidente de trabajo haya dejado al trabajador, esto es, con la expedición del dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, el cual

a su vez, debe realizarse dentro de los 3 años siguientes a que se produzca el accidente (CSJ SL2037-2018 Y CSJ SL303-2019).

En este asunto se acreditó que el actor, el día 9 de abril de 2013, sufrió un accidente de trabajo reportado ante la ARL Mapfre (pág. 979 a 980, arch. 1); que como consecuencia de este fue calificado el 5 de noviembre de 2013 inicialmente por dicha ARL con una pérdida de capacidad laboral del 26,77% estructurada el 23 de septiembre de 2013 (págs. 390 a 393, arch. 1), determinación que fue variada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander en dictamen del 21 de febrero de 2014, en el que se estableció que el gestor contaba con una PCL del 32,02% (págs. 433 a 439, arch. 1), quedando entonces establecido el alcance del perjuicio sobre la salud del trabajador con dicha calificación.

En tal sentido, se advierte que desde la fecha de emisión del dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander, respecto de Redcom Ltda. no se presentó reclamo escrito que incluyera la indemnización que aquí se depreca y frente a la demandada en solidaridad Grupo CS, la activa radicó solicitud de pago el 30 de marzo de 2016 (pág. 306 arch. 1), con lo que frente a la última se interrumpió la prescripción en esa fecha; sin embargo, como la demanda se incoó solo hasta el 28 de junio de 2019 (pág. 650, arch. 1), transcurrió en ambos casos el término trienal dispuesto en los art. 488 y 489 del CST y 151 del CPTSS.

De manera que habrá de disponerse la confirmación de la absolución del concepto analizado y se modificará el numeral octavo de la sentencia recurrida, para declarar probada la excepción de prescripción propuesta por Redes y Comunicaciones de Colombia Ltda. y por la Cooperativa de Trabajo Asociado Grupo CS en reorganización.

Sin costas en la alzada ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **octavo** de la sentencia proferida el 1° de febrero de 2021, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción propuesta por las demandadas Redes y Comunicaciones de Colombia Ltda. y Cooperativa de Trabajo Asociado Grupo CS en reorganización, conforme lo expresado en las motivaciones de esta decisión.

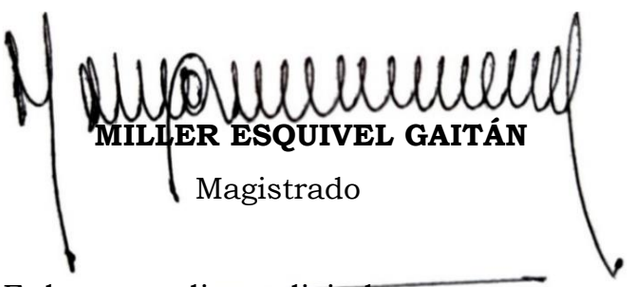
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida, según lo expuesto en las motivaciones anteriores.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO : Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Enlace expediente digital:
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Elfse8gcZbFHiiY5UkoK4Z8Bo1ukPF7xdDi9G0LhsZZpSA?e=MM7g5Y

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9b3d78b8b962af52a434db4f0c65b41fd11981efbbb0108ebb8be5de2cb7a53e**

Documento generado en 25/04/2023 12:41:58 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN. 11001 31 05 **021 2021 00525** 01
DEMANDANTE: ÁNGELA MARCELA MORALES GUTIÉRREZ
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN SA Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA.

Bogotá DC, veintiuno (21) de abril de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 29 de agosto de 2022, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en junio de 2001, por medio de la AFP Protección, por existir engaño y asalto a su buena fe e inducción al error, con lo cual se vio viciado su consentimiento; así como de la afiliación llevada a cabo en marzo de 2006 con la AFP Porvenir SA. En consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir SA retornar todos los valores que haya recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con frutos e intereses y los rendimientos que se hubiesen

causado en el RPM administrado por Colpensiones; y a este último fondo, recibirla y tenerla como afiliada sin solución de continuidad.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expone que desde el 1° de diciembre de 1995 hasta el 31 de octubre de 1996, estuvo afiliada al ISS; que en el mes de julio de 2001, cuando laboraba en Personal Eficiente Competente y CÍA., los asesores de la AFP Protección SA le presentaron el nuevo régimen pensional, asegurando que el ISS se acabaría, por lo que perdería lo cotizado hasta el momento, que tendría mayores rendimientos, que podría pensionarse en el momento en que quisiera y no le puso de presente lo atinente al derecho de retracto; que en mayo de 2006, al afiliarse a la AFP Porvenir, dicho fondo la mantuvo en el error; y, que presentó reclamo ante las demandadas (págs. 7 a 25, arch. 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 15 de febrero de 2022, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (arch. 4).

Porvenir se opuso a todas y cada una de las pretensiones, solicitando se le absuelva de ellas; formuló en su defensa las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (págs. 3 a 25, arch. 6).

Colpensiones se opuso a la totalidad de pretensiones, invocando como medios de defensa las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (págs. 3 a 39, arch. 7).

Protección contestó oponiéndose a la pretensiones relativas a la declaratoria de ineficacia de traslado, e invocó en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos púbicos y del

sistema general de pensiones, traslado de aportes a Porvenir SA, inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y prescripción (págs. 3 a 22, arch. 8).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio pese a haber sido notificada en debida forma (arch. 9).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 29 de agosto de 2022, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por Ángela Marcela Morales Gutiérrez al RAIS el 15 de abril de 1998, con fecha de efectividad a partir del 1º de junio del mismo año por intermedio de Colmena Pensiones y Cesantías hoy Protección SA, quedando afectado por la ineficacia también el traslado realizado a Protección SA y Porvenir SA; en consecuencia, declaró como afiliación válida la del RPMPD, administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora Ángela Marcela Morales Gutiérrez. Para ello, se concedió el término de un (1) mes y estableció que al momento de cumplirse dicha orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

A su vez, condenó a Protección SA a trasladar a Colpensiones, dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por la señora Ángela

Marcela Morales Gutiérrez por motivo de gastos y comisión de administración, aporte de garantía de pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y utilidades; y a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el RPMPD y a actualizar su historia laboral.

Finalmente condenó en costas a la AFP Protección y absolvió a Colpensiones y Porvenir SA de su pago.

En síntesis, la juez de primera instancia consideró que las AFP no cumplieron con la carga de la prueba correspondiente, y por tanto, faltaron al deber legal de información al que se ha hecho referencia jurisprudencialmente, en la medida en que se debieron proporcionar todos los elementos de juicio claros y objetivos para que la futura afiliada, pudiera escoger las mejores opciones, sin embargo, ello no se probó pues además del interrogatorio de parte practicado no se desprendía prueba de confesión, así como tampoco que aquella tuviera experiencia o comprendiera el funcionamiento del sistema pensional. Adicional, concluyó que la acción era imprescriptible, toda vez que los derechos que se derivan de la solicitud de ineficacia lo son.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir SA inconforme con la decisión, interpuso recurso solicitando se revoque la sentencia y se le absuelva del pago y devolución de gastos de administración, primas de seguro y lo correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima, con fundamento en que según lo dispuesto en el inc. 2° del art. 20 de la Ley 100 de 1993, en el Régimen de Prima Media también se realizan deducciones por los referidos conceptos, de modo que no forman parte integral de la pensión de vejez y están sujetos a la prescripción.

Agregó, que de ordenarse la devolución anotada, se configuraría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, ya que no existe norma que soporte ese pago, ya que el art. 113 de la Ley 100 de 1993, dispone concretamente los valores que se trasladan cuando existe cambio de régimen, que son exclusivamente el saldo de la cuenta individual y los rendimientos; y como tales recursos no pertenecen a la afiliada, aquella no está legitimada por

activa para reclamarlos, por lo que no se pueden disponer bajo el amparo de las facultades ultra y extra petita, pues en todo caso, si se condenan la gestora tendría que restituir los frutos financieros que le fueron consignados en su cuenta de ahorro individual, ya que así también lo ha sentado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en torno a las restituciones mutuas previstas de acuerdo con lo previsto en el art. 1746 del CC.

También argumentó que no hay lugar a efectuar la devolución de los rubros indexados, pues los rendimientos financieros incluyen los frutos e intereses, lo que excluye la actualización ordenada y debe disponerse su compensación.

Colpensiones al sustentar la alzada expuso que en este caso está probado que la gestora se trasladó al RAIS de manera libre y voluntaria, y que con las condenas dispuestas se afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional ya que con ello se afectan los derechos de las personas que han cotizado al RPM, máxime cuando han transcurrido más de dos décadas desde que se llevó a cabo el traslado de régimen, lo cual, también configura la imposibilidad de probar las circunstancias que rodearon ese acto, sobre lo cual los fondos no tenían la obligación de dejar un registro. Señaló, que el deber de información solo se materializó a través de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, de ahí que para la época en que se llevó a cabo el tránsito de la gestora, los fondos únicamente cuenten con prueba del consentimiento vertido en el formulario de afiliación, del que se desprende la plena intención de querer pertenecer al RAIS.

Solicitó que se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones al cumplimiento previo de la devolución de todas las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual y que se absuelva del pago de las costas, en atención a que esa entidad no participó del acto ineficaz y es un tercero al que se le causa un daño injustificado derivado de un contrato celebrado entre dos personas ajenas a ella.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022, se admitieron los recursos de apelación interpuestos por las

demandadas y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4, C002).

Porvenir y Colpensiones presentaron alegaciones, reiterando los argumentos expuestos en la contestación y en la alzada (arch. 5, C002).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** La demandante nació el 6 de abril de 1969 (pág. 102, arch. 1); ***ii)*** cotizó al RPM a través del del Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 1° de diciembre de 1995, un total de 17,57 semanas (págs. 401 a 404, arch. 7); y, ***iii)*** se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colmena hoy Protección, el 15 de abril de 1998 (pág. 59, arch. 8), de allí a la AFP Protección el 1° de diciembre de 2001 (pág. 48, arch. 8), y finalmente a Porvenir SA el 30 de marzo de 2006 (pág. 91, arch. 6), en la que se encuentra afiliada en la actualidad.

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de

Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1° del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, norma que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

> Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.
>
> La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.
>
> La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
>
> Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.
>
> Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.
>
> Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto

neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña."

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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".

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

"(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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.

(…) 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 arch.s 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."

En esta providencia, también se dijo:

> "(…) 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."

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, o se encuentra en la prohibición legal de traslado, ya que todo esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colmena, desde el 15 de abril de 1998, se trasladó luego a la AFP Protección y finalmente a Porvenir SA en la que se encuentra actualmente afiliada, y si bien en el formulario de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

> "(…) 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 y 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."

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

> El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.
>
> Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento *«consentimiento»* para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el *«deber de información y buen consejo»* que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.
>
> Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

> De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021 precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

> Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la

> decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Protección (antes Colmena), que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó la *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 15 de abril de 1998, con su afiliación a la AFP Colmena hoy Protección SA.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, si los hubo, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente, y en este sentido se **confirmará** la decisión de primera instancia.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado 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"[1], por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Finalmente, en lo tocante a la solicitud de Colpensiones relativa a que se condicione el cumplimiento de las órdenes a su cargo al traslado de los recursos por parte de las codemandadas, estima la Sala que sobre el particular no es menester emitir pronunciamiento adicional, en la medida en que resulta claro, que tanto la afiliación de la gestora en el RPM, como la actualización de la historia laboral, penden de los trámites que se adelanten de manera primigenia por las administradoras privadas en acatamiento de las condenas impuestas a su cargo; y, respecto de la absolución de las costas procesales, se advierte que como así se dispuso en la primera instancia, no existe sustento para la inconformidad planteada sobre el particular por la entidad, por la que la sentencia apelada se mantendrá incólume.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de agosto de 2022, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá DC, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

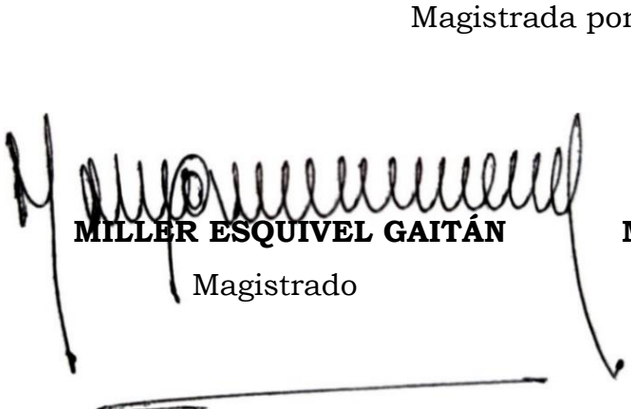
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

[1] CSJ SL1688-2019.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Hipervínculo al expediente digital*
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Er8Itpfusr1AklQe0LaPLIkBTcdLq-QnCWOfLpYoAAnB5w?e=S35wTh

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **e8f093924b5db475a206d7ad8b0fcbb6c9690c937c333b8378f2aaac1824166d**
Documento generado en 25/04/2023 12:41:56 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN. 11001 31 05 **003 2021 00294** 01
DEMANDANTE: EDUARDO CASTILLO FUENTES
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA.

Bogotá DC, veintiuno (21) de abril de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir y Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad, respecto de la sentencia proferida el 3 de agosto de 2022, por el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir del 20 de marzo de 1996, que para todos los efectos legales nunca se trasladó, y siempre ha permanecido afiliado al régimen de prima media; que se ordene a Porvenir trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos los rendimientos y demás valores causados con motivo de la afiliación, y devolver las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, debidamente indexados; que se ordene a Colpensiones recibirlo en el régimen de

prima media, con la totalidad de ahorros del demandante y actualizar su historia laboral; y, se condene en costas a las demandadas.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expone que realizó aportes al ISS, hoy Colpensiones, desde el 1º de diciembre de 1995 hasta el 29 de febrero de 1996, se afilió posteriormente al RAIS administrado por Porvenir el 20 de marzo de 1996, en donde ha efectuado cotizaciones desde marzo de 1996; que antes de su afiliación, Porvenir no le suministró información clara, suficiente, veraz y oportuna sobre las implicaciones del cambio en su situación particular, no le informó cuáles eran las características del RAIS ni del RPM, ni las condiciones específicas para obtener la pensión en cada uno, ni los riesgos y efectos que implicaba su afiliación y permanencia, ventajas y desventajas en uno y otro; que omitió informarle que su mesada pensional dependería de capital que acumulara en su cuenta de ahorro individual, su expectativa de vida y la de sus posibles beneficiarios, la rentabilidad de fondo y la edad al momento de la solicitud; que no le informó que las cotizaciones voluntarias le permitirían una pensión más alta, ni las diferentes alternativas de pensión que el fondo ofrecía, y los requisitos para acceder a ellas, ni que el monto de su pensión podía variar dependiendo de la modalidad de pensión que escogiera, y que sería inferior a la del RPM efectuando las mismas cotizaciones; que no le presentó una proyección, ni le advirtió la diferencia en la distribución de aportes; que por lo anterior, su afiliación no fue producto del suministro de información cierta, completa, veraz e imparcial por parte de la administradora; y que, elevó reclamación ante Colpensiones el 21 de junio de 2021, quien dio respuesta el 23 de junio de 2021 (arch. 003, C001).

II. TRÁMITE PROCESAL

Luego de subsanada, la demanda fue admitida el 3 de diciembre de 2021, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas, y se tuvo por contestada en auto del 14 de junio de 2022 (arch. 004 y 008, C001).

Colpensiones se opuso a la totalidad de pretensiones, invocando como medios de defensa las excepciones que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia

el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe de Colpensiones; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; y prescripción (arch. 006, C001).

Porvenir se opuso también a la totalidad de pretensiones y solicitó se le absuelva de ellas. Formuló las excepciones 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 (arch. 007, C001).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio pese a haber sido notificada en debida forma (arch. 009, C001).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 3º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 3 de agosto de 2022, declaró la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Horizonte, hoy Porvenir, realizado el 20 de marzo de 1996, así como el que se dio de Horizonte a Porvenir, como consecuencia de la fusión, entendiendo al actor válidamente vinculado a Colpensiones; condenó a Porvenir a trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, por cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en caso de haberse redimido, rendimientos financieros sin descuento de ninguna naturaleza, a devolver los descuentos por concepto de gastos de administración, porcentajes destinados a seguros previsionales o a constituir el fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados; ordenó a Colpensiones aceptar el traslado de los dineros, activar la afiliación del actor, como si nunca se hubiera trasladado y actualizar la información de su historia laboral; declaró no probada la excepción de inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y de la de prescripción; y condenó en costas a las demandadas.

En síntesis, consideró el juez de primer grado que, de acuerdo con los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, para la época en que se llevó a cabo el traslado de régimen del demandante existía toda una batería normativa que obligaba a las administradoras de pensiones a brindar información objetiva,

comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes vigentes, con el fin de que el afiliado pudiese optar por las mejores opciones del mercado, es decir, que no era suficiente con que se le indicaran las características del RAIS, supuestos que debían ser demostrados por la AFP, de acuerdo con la jurisprudencia aplicable, sin embargo, no se probaron en el trámite procesal, pues la suscripción libre y voluntaria del formulario no permitía establecer el cumplimiento del deber de información, el consentimiento informado, sin que se verifique confesión en el interrogatorio de parte rendido por el actor, por lo que había de declararse la ineficacia del traslado, con el consecuente traslado de los conceptos relacionados, acorde con la doctrina del precedente vertical. En cuanto a la prescripción trienal, coligió que su aplicación desconocería lo regulado en los artículos 48 y 53 de la CN, que ampara la seguridad social, expresando que este derecho tiene un carácter de irrenunciable, no conciliable, ni transigible, y así mismo, es imprescriptible, de manera que el afectado tiene el derecho a reclamar lo debido en cualquier tiempo, ya que son derechos adquiridos que no pueden ser desconocidos por los operadores judiciales.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir inconforme con la decisión, interpuso recurso solicitando se revoque la sentencia y se le absuelva de todas las pretensiones, por cuanto el demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional, de manera libre, voluntaria, sin presiones e informada, de conformidad con la normativa vigente para el año 1996, que no exigía la información en los términos que se reclama en la demanda y argumentados en el fallo; que las características de los regímenes pensionales se encontraban en la Ley 100, por lo que el demandante pudo validar el contenido de la información otorgada, además, como consumidor financiero debía actuar con diligencia, lo que suponía obtener información suficiente sobre el acto jurídico que estaba celebrando, contenida en la ley; que el actuar de la AFP ha sido siempre de buena fe objetiva; que al demandante si se le suministró información suficiente, transparente, comprensible y oportuna respecto a las condiciones en las que se iba a afiliar al fondo privado; que no se tuvieron en cuenta algunas manifestaciones del demandante que permiten establecerlo, como la diferenciación que le advirtieron entre el fondo público del ISS y la cuenta individual en el RAIS, la posibilidad de pensionarse anticipadamente, de hacer aportes voluntarios, de recibir rendimientos.

En cuanto a la condena de rendimientos, no deben ser trasladados pues son propios del RAIS, superiores a los que se causan en el régimen público; que Porvenir ha actuado como un agente oficioso involuntario (art. 2304 y 2310 del CC); que los gastos de administración no están destinados a financiar la pensión del demandante, sino que son descontados en virtud de una obligación legal, fueron debidamente invertidas en la forma exigida en la ley y destinadas a cubrir los gastos de una correcta administración de los recursos de la cuenta; tampoco resulta procedente la restitución de las sumas pagadas por seguros previsionales, porque ya están en la compañía aseguradora contratada para la cobertura de sumas adicionales; que la devolución de todos esos conceptos resulta improcedente conforme al concepto de la Superintendencia financiera de Colombia; que con la orden de indexación se genera una doble condena, pues se ordenó la restitución de rendimientos. Y, solicita se desestime la condena a agencias en derecho porque el traslado reviste completa validez.

Colpensiones interpuso recurso argumentando que el traslado de régimen del actor se debió a una decisión libre y espontánea, que no se generó vicio en el consentimiento alguno; que aquel no se acercó a Colpensiones a solicitar información, y ratificó su ánimo de permanecer en el RAIS por más de 20 años; igualmente expresa inconformidad con la condena en costas, pues la única negativa de recibir al actor en el RPM, se debe al impedimento legal, a raíz de su edad; y que el demandante solo contaba con 4 años para la acción rescisoria.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022, se admitieron los recursos de apelación interpuestos por Porvenir y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad, y conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 04, C002).

Las partes presentaron alegaciones, reiterando los argumentos expuestos, el actor en la demanda, y las demandadas, en la contestación y en la alzada (arch. 5, C002).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar asuntos de esa índole había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la

administradora del RAIS demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** El demandante cotizó a través del Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 1º de diciembre de 1995 hasta el 31 de marzo de 1996, un total de 13,29 semanas (pág. 44, arch. 006, C001); y, ***iii)*** se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Horizonte, hoy Porvenir, el 20 de marzo de 1996 (pág. 61, arch. 003; pág. 52 y 57, arch. 007 C001), en la que se encuentra afiliado en la actualidad.

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1° del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, norma que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

> Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.
>
> La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.
>
> La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
>
> Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.
>
> Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.
>
> Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.
>
> En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.
>
> No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña."

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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".

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

"(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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.

(…) 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 arch.s 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."

En esta providencia, también se dijo:

"(…) 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."

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información, clara, veraz, comprensible y suficiente, corresponde al fondo de pensiones, desde su creación, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, o se encuentra en la prohibición legal de traslado, ya que todo esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Horizonte, hoy AFP Porvenir, desde el 20 de marzo de 1996, en la que se encuentra actualmente afiliado, y si bien en el formulario de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información completa, comprensible, oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

> "(…) 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 y 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."

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

> El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.
>
> Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento *«consentimiento»* para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el *«deber de información y buen consejo»*

> que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.
>
> Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

> De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021 precisó que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

> Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir, antes Horizonte, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 20 de marzo de 1996, con su afiliación a la AFP Horizonte, hoy Porvenir, advirtiendo que, contrario a lo manifestado por el apoderado del fondo, no se verifica una verdadera confesión al respecto en el

interrogatorio rendido por el actor, puesto que si bien dio cuenta de algunos aspectos que le fueron dados a conocer previo a su afiliación, no es posible establecer la suficiencia y claridad de esa información, y el alcance de la misma, de cara al consolidado criterio jurisprudencial ampliamente referido.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, si los hubo, y todas las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Por lo expuesto, simplemente se **adicionará** el numeral **segundo** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar a la AFP Porvenir, que efectúe la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados por el *a quo*, con la discriminación y detalle de la totalidad de los valores a devolver.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado 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"*[1], por lo que resulta acertada la decisión de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

[1] CSJ SL1688-2019.

En cuanto a la condena en costas impuesta en primera instancia, objeto de la apelación de las recurrentes, la Sala recuerda que éstas son la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial, y comprende las expensas y las agencias en derecho.

En ese orden de ideas, se tiene que de conformidad con el art. 365 del CGP, las costas son a cargo de la parte vencida en el proceso, sin embargo, en este caso, se considera que no debió disponerse tal rubro frente a Colpensiones, en la medida en que la entidad no tuvo ninguna injerencia en el acto de traslado de régimen pensional, así como tampoco le era dable resolver sobre la situación de ineficacia que aquí se discutió, y es por ello que la Sala mayoritaria considera que las costas debían disponerse únicamente a cargo del fondo privado de pensiones, que con su omisión, la del fondo con el que se fusionó, dio lugar al resultado del proceso, en la medida en que el acto jurídico de traslado de régimen pensional que se declaró ineficaz, no fue consecuencia directa o indirecta de la acción u omisión de la administradora del RPMPD, hoy Colpensiones, y simplemente está llamada a soportar las consecuencias jurídicas de la omisión de la administradora del RAIS, siendo esa la única razón por la que se le vincula de manera necesaria al proceso, sin que por tanto, en estricto sentido, pueda ser tenida como vencida en el mismo, aun cuando razonablemente se oponga a lo pretendido, ajustándose su actuar al ordenamiento legal. Por lo que sobre el particular se **revocará parcialmente** el numeral **quinto** de la sentencia apelada y consultada.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 3 de agosto de 2022, por el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, deberá discriminar la totalidad de los conceptos objeto de

devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el numeral **quinto** de la sentencia apelada y consultada, en cuanto a la condena en costas a cargo de Colpensiones, para en su lugar, **ABSOLVER** a esa entidad del pago de costas procesales, según lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, acorde con la motivación expuesta.

CUARTO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

QUINTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Hipervínculo al expediente digital* 11001310500320210029401

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0d27fdb1877639cbb617dff88b4082aabfe2c324b01718bdaeb3c5a031587f05**

Documento generado en 25/04/2023 12:41:48 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN. 11001 31 05 **003 2021 00135** 01
DEMANDANTE: ÓSCAR GREGORIO MUÑOZ DUARTE
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN SA Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA.

Bogotá DC, veintiuno (21) de abril de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 17 de agosto de 2022, por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la nulidad por ineficacia de la afiliación y el traslado efectuado al RAIS ante la omisión del deber de información y por haber existido engaño y error por parte de Porvenir SA, así como de la vinculación posterior a Protección SA. En consecuencia, se ordene el traslado y afiliación a Colpensiones, previa inscripción al RPM por parte de ese ente y se condene a los fondos privados a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización y demás dineros aportados al RAIS.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expone que nació el 22 de septiembre de 1960; que se afilió al RPM en julio de 1985; que en mayo de 2001 Porvenir SA, por medio de un asesor comercial, se presentó en su lugar de trabajo, con el fin de persuadirlo para que se trasladara a ese fondo, indicando para el efecto, que dada la grave situación económica del ISS, esa entidad no podría garantizarle la pensión de vejez, que Porvenir contaba con respaldo del Grupo Aval y continuaría con la apertura de una importante red de oficinas, y no le informó cómo operaba el RPM, ni los riesgos de trasladarse al RAIS, así como las ventajas y desventajas objetivas de cada uno; que en el año 2007, se afilió a la AFP Santander y tampoco se le suministró información por parte de ese fondo; y, que presentó reclamo ante las encartadas (págs. 7 a 25, arch. 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 24 de junio de 2021, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (arch. 2).

Colpensiones se opuso a la totalidad de pretensiones, invocando como medios de defensa las excepciones que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción (págs. 2 a 21, arch. 4).

Protección contestó oponiéndose a las pretensiones relativas a la declaratoria de ineficacia de traslado, e invocó en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos púbicos y del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, 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 e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional

cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (págs. 3 a 28, arch. 5).

Porvenir se opuso a todas y cada una de las pretensiones, solicitando se le absuelva de ellas; formuló en su defensa las excepciones 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 (págs. 2 a 38, arch. 6).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio pese a haber sido notificada en debida forma (arch. 10).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 17 de agosto de 2022, declaró la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el otrora Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir SA, realizado el 21 de mayo de 2001, e igualmente la ineficacia de los traslados horizontales realizados con posterioridad entre fondos hasta llegar a Protección SA, para entender vinculado al actor, en forma válida al régimen solidario de prima media administrado por Colpensiones.

Condenó a las AFP Protección SA y Porvenir SA, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones todos los valores que recibieron con motivo de la afiliación del demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, sin descuento alguno y de ninguna naturaleza. Esos descuentos por concepto de gastos de administración, porcentajes destinados a seguros previsionales, y las comisiones encaminadas a constituir el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, los que deberán devolverse a Colpensiones debidamente indexados.

Finalmente le ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones aceptar el traslado de los dineros que efectúen las AFP Protección

SA y Porvenir SA, para que proceda a activar la afiliación del demandante, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral en semanas de tiempo cotizado; y, condenó en costas a las demandadas.

Consideró el *a quo,* de acuerdo con los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, que para la época en que se llevó a cabo el traslado de régimen del demandante existía toda una batería normativa que obligaba a las administradoras de pensiones a brindar información objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes vigentes, con el fin de que el afiliado pudiese optar por las mejores opciones del mercado, es decir, que no era suficiente con que se le indicaran las características del RAIS, supuestos, que anotó, debían ser demostrados por las AFP de acuerdo con la jurisprudencia aplicable, sin embargo, no se probaron en el trámite procesal, pues la suscripción libre y voluntaria del formulario no permitía establecer el cumplimiento del deber de información. En cuanto a la prescripción trienal, coligió que su aplicación desconocería lo regulado en los artículos 48 y 53 de la CN, que ampara la seguridad social, expresando que este derecho tiene un carácter de irrenunciable, no conciliable, ni transigible, y así mismo, es imprescriptible, de manera que el afectado tiene el derecho a reclamar lo debido en cualquier tiempo, ya que son derechos adquiridos que no pueden ser desconocidos por los operadores judiciales.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir SA inconforme con la decisión, interpuso recurso solicitando se revoque la sentencia, con fundamento en que la vinculación del demandante a ese fondo es válida y eficaz, ya que se trasladó de manera libre y voluntaria en el año 2001, recibiendo para el efecto una asesoría verbal, pues en el interrogatorio de parte, aceptó que fue abordado por asesores de ese fondo y que firmó el formulario, el cual da fe del suministro de información. Agregó que para el año 2001, el deber de información, se encontraba en una primera fase y bastaba con la suscripción del formulario de afiliación para probar el mismo; y, que debe tenerse en cuenta que el gestor ha permanecido más de 25 años afiliado al RAIS, sin mostrar inconformidad alguna, siendo clara su voluntad de permanecer en ese régimen partiendo de los actos de ratificación que así lo prueban, en la medida en que tuvo la posibilidad de retractarse del traslado y

posteriormente también pudo retornar al RPM, pero no lo hizo, por lo que la única discrepancia se deriva del valor de la mesada pensional y no del incumplimiento del deber aludido.

Sostuvo que no debió ordenarse la devolución de los gastos de administración y sumas de la aseguradora, comoquiera que tales rubros se dedujeron al amparo de lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993.

Colpensiones al sustentar la alzada expuso su inconformidad con la condena en costas impuesta a la entidad, pues su negativa a recibir al actor se debe al impedimento legal contenido en la Ley 797 de 2003, de ahí que no procede su regreso al RPM. Así mismo, señaló que del relato del convocante no se extrae que hubiera sido constreñido o su consentimiento restringido cuando decidió abandonar el ISS, para trasladarse al RAIS, por lo que tal decisión fue libre y espontánea, tanto así que ha permanecido vinculado a ese régimen por más de 20 años, sin que la inconformidad sobre el valor de la mesada, se acompase con las causales de nulidad consagradas en el Código Civil, para lo cual debió presentarse la acción rescisoria dentro de los 4 años siguientes a la celebración del negocio jurídico.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022, se admitieron los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4, C002).

La parte demandante y Porvenir SA presentaron alegaciones, la primera solicitando que se confirme la sentencia de primer grado y la demandada reiterando los argumentos expuestos en la contestación y en la alzada (arch. 5, C002).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte

Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** El demandante nació el 22 de septiembre de 1960 (pág. 32, arch. 1); ***ii)*** cotizó al RPM a través del Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 23 de julio de 1985, un total de 548,86 semanas (págs. 32 a 38, arch. 1); y, ***iii)*** se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir, el 21 de mayo de 2001 (pág. 51, arch. 6), y de allí a la AFP Santander hoy Protección el 27 de febrero de 2003 (pág. 29, arch. 5).

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1° del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, norma que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en

sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

> Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.
>
> La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.
>
> La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
>
> Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.
>
> Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.
>
> Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.
>
> En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.
>
> No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña."

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

> 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".

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

"(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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.

(…) 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 arch.s 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."

En esta providencia, también se dijo:

"(…) 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."

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del

traslado, o se encuentra en la prohibición legal de traslado, ya que todo esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir, desde el 21 de mayo de 2001 y finalmente se trasladó a la AFP Santander hoy Protección SA en la que se encuentra actualmente afiliado, y si bien en el formulario de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

> "(…) 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 y 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."

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

> El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.
>
> Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento *«consentimiento»* para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el *«deber de información y buen consejo»* que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.
>
> Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

> De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021 precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

> Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 21 de mayo de 2001, con su afiliación a la AFP Porvenir SA.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, si los hubo, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración,

debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Por lo expuesto, simplemente se **adicionará** el numeral **segundo** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar a las AFP Porvenir y Protección, que efectúen la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados por el *a quo*, con la discriminación y detalle de la totalidad de los valores a devolver.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado 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"*[1], por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

En cuanto a la condena en costas impuesta en primera instancia, objeto de la apelación de las recurrentes, la Sala recuerda que éstas son la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial, y comprende las expensas y las agencias en derecho.

En ese orden de ideas, se tiene que de conformidad con el art. 365 del CGP, las costas son a cargo de la parte vencida en el proceso, sin embargo, en este caso, se considera que no debió disponerse tal rubro frente a Colpensiones, en la medida en que la entidad no tuvo ninguna injerencia en el acto de traslado de régimen pensional, así como tampoco le era dable resolver sobre la situación de ineficacia que aquí se discutió, y es por ello que la Sala mayoritaria considera que las costas debían disponerse únicamente a cargo del o los fondos privados

[1] CSJ SL1688-2019.

de pensiones, que con su omisión dan lugar al resultado del proceso, en la medida en que el acto jurídico de traslado de régimen pensional que se declaró ineficaz, no fue consecuencia directa o indirecta de la acción u omisión de la administradora del RPMPD, hoy Colpensiones, y simplemente está llamada a soportar las consecuencias jurídicas de la omisión de la administradora del RAIS, siendo esa la única razón por la que se le vincula de manera necesaria al proceso, sin que por tanto, en estricto sentido, pueda ser tenida como vencida en el mismo, aun cuando razonablemente se oponga a lo pretendido, ajustándose su actuar al ordenamiento legal. Por lo que sobre el particular se **revocará parcialmente** el numeral **quinto** de la sentencia apelada y consultada.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 17 de agosto de 2022, por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA** y la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección SA**, deberán discriminar la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el numeral **quinto** de la sentencia apelada y consultada, en cuanto a la condena en costas a cargo de Colpensiones, para en su lugar, **ABSOLVER** a esa entidad del pago de costas procesales, según lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

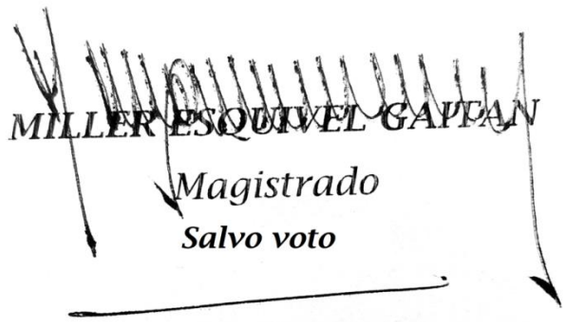
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, acorde con la motivación expuesta.

CUARTO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

QUINTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Hipervínculo al expediente digital*
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EkO1YwpdW_ZGvtiVOPQg-e0BPcxDVoBzHR_kve6iHuiKsA?e=zeK9A9

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **b882a83b825fcecb4f64a2281adfca3eff5c0b8ac799e731ee4b4bc61469bb94**
Documento generado en 25/04/2023 12:41:46 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN. 11001 31 05 **015 2020 00389** 02
DEMANDANTE: FERNANDO MARÍN VALENCIA
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, veintiuno (21) de abril de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esa entidad, respecto de la sentencia proferida el 30 de agosto de 2022, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la "ineficiencia" (sic) del traslado surtido del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por resultar ineficaz la afiliación realizada a la AFP Porvenir SA, toda vez que no se le brindó una información concreta, veraz, oportuna y suficiente por parte de dicho fondo privado. En consecuencia, se declare que siempre ha permanecido afiliado al RPM administrado por Colpensiones; así mismo, se le ordene Porvenir SA devolver a Colpensiones los bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos y gastos de administración y a la última entidad, recibir tales recursos y actualizar y corregir la historia laboral, así como, reconocer y pagar la pensión de vejez,

junto con las mesadas ordinarias y adicionales y la indexación de las que se hayan causado.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que nació el 4 de noviembre de 1955; que estuvo afiliado al ISS hasta el año 2004; que se trasladó a la AFP Porvenir SA el 10 de diciembre de 2004, sin que, en tal oportunidad, la información suministrada hubiera sido concreta y veraz, debido a que no se le pusieron de presente las ventajas y desventajas del cambio de régimen pensional (págs. 5 a 20, arch. 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 18 de junio de 2021, luego de ser subsanada, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (arch. 9).

Porvenir SA contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (págs. 1 a 31, arch. 11).

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones mérito que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido y buena fe (págs. 1 a 8, arch. 15).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio a pesar de encontrarse debidamente notificada (arch. 22).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 30 de agosto de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado efectuado por el demandante el 10 de diciembre de 2004, a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir SA; y, en consecuencia, ordenó a dicha AFP trasladar los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual del actor, correspondientes a aportes, rendimientos y bono pensional a Colpensiones, y a esta, a reactivar la afiliación, acreditando como semanas efectivamente

cotizadas en la historia laboral los recursos anotados, teniendo en cuenta para todos los efectos, como si el gestor nunca se hubiera trasladado al RAIS.

Partiendo del criterio jurisprudencial sentado sobre el asunto, el *a quo* encontró que Porvenir SA acreditó que cumplió a cabalidad con el deber legal de información, sin que el formulario de afiliación resultara ser una prueba suficiente de ese hecho, máxime cuando no se solicitó prueba testimonial y las demás documentales no dan cuenta del supuesto debatido y en el interrogatorio de parte de la demandante no se logró confesión respecto a que se le hubiera brindado la información, en cumplimiento del deber de la AFP.

Estableció que solo ordenaba el traslado de los aportes y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, por no ser procedente la devolución de los gastos de administración y pólizas de seguro previsional, ya que son descuentos que tienen sustento en el ordenamiento legal y dirigidos a terceros, lo anterior, porque en el RPMPD también son cobrados los primeros conceptos y en cuanto a los segundos son recursos destinados a las aseguradoras para garantizar los riesgos de IVM, y la ineficacia del traslado de régimen se declaró en aplicación del precedente jurisprudencial.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones inconforme con la decisión, manifestó que interponía recurso parcial, con fundamento en que de acuerdo con el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia la restitución que haga Porvenir SA debe ser plena y completa, incluyendo la cotización, las sumas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, los rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje de seguros previsionales y los gastos de administración.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, y conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4, C002).

La parte demandante y Porvenir SA presentaron las alegaciones solicitando la primera que se confirme la decisión de primera instancia y la segunda reiterando los argumentos expuestos en la contestación a la demanda (arch. 5, C002).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata en el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** el demandante nació el 4 de noviembre de 1955 (pág. 21, arch. 1); ***ii)*** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales 870,29 semanas desde el 6 de agosto de 1982 (Carp. 16); ***iii)*** se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir, el 10 de diciembre de 2004, con fecha de efectividad de 1° de febrero de 2005 (pág. 32, arch. 11), y allí se encuentra afiliado en la actualidad.

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1° del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, norma que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

> Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.
>
> La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.
>
> La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
>
> Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.
>
> Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.
>
> Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña."

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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".

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

"(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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.

(…) 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 arch.s 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."

En esta providencia, también se dijo:

> "(…) 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."

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, o si se encontraba en la prohibición legal de traslado, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir, efectivo desde el 1° de febrero de 2005, AFP en la que se encuentra actualmente afiliado, y si bien en el formulario de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, *así como que fue asesorado suficientemente sobre todos los aspectos del RAIS, y las implicaciones de la decisión y el régimen de transición,* esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información completa, oportuna y veraz, para un consentimiento informado, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

> "(…) 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 y 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."

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

> El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.
>
> Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento *«consentimiento»* para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el *«deber de información y buen consejo»* que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.
>
> Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

> De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021 precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

> Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 10 de diciembre de 2004, con su afiliación a la AFP Porvenir.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente, y en este sentido se **adicionará** la decisión de primera instancia, para ordenar a la AFP Porvenir efectuar la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados, debidamente indexados, y a efectuar la discriminación y detalle de los valores devueltos.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado 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"[1], por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral primero de la sentencia proferida el 30 de agosto de 2022, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA** deberá devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados, las primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

CUARTO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

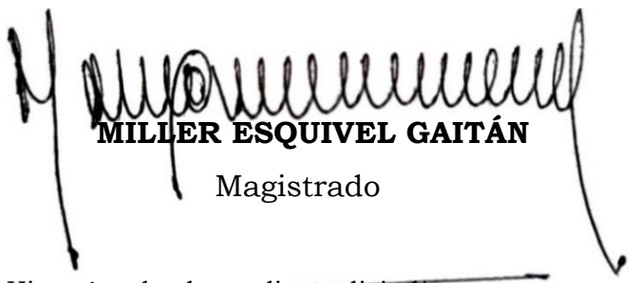
---

[1] CSJ SL1688-2019.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

Magistrado

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Hipervínculo al expediente digital*

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Errzhpobc4pPqS_jHClfd6IBhboEPGxzDw-CdZAxisg_lw?e=zXqnXA

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **2dd8bcd5905579a5dc3b26c48ea8789a5641e215eeb460ead56b8178f1b914a4**

Documento generado en 25/04/2023 12:41:53 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN.	11001 31 05 **014 2018 00411** 01
DEMANDANTE:	JOSÉ HERMINIO ROJAS PATIÑO
DEMANDADAS:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

Bogotá DC, veintiuno (21) de abril de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, de la sentencia condenatoria proferida el 25 de enero de 2022, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare que: ***i)*** el dictamen n.° 2017236390QQ del 12 de septiembre de 2017 emitido por Colpensiones, es contrario a la ley y por tanto carece de fuerza vinculante; ***ii)*** tiene una PCL igual o superior al 56.93% estructurada a la fecha que se pruebe en el proceso, como mínimo desde el 31 de diciembre de 2013 conforme lo indicado por la EPS Compensar; ***iii)*** el pago parcial de incapacidades no ocasiona el desconocimiento de las mesadas pensionales causadas en los períodos en los que no se pagaron incapacidades; en consecuencia solicita que se condene a la demandada al reconocimiento y pago del retroactivo pensional de la pensión de invalidez causado como mínimo a partir del 31 de diciembre de 2013 y hasta el 30 de noviembre de 2017, más los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 4° mes siguiente al oficio emitido por la citada EPS el 18 de

diciembre de 2015, o subsidiariamente la indexación desde cuando se estructuró la invalidez hasta que se verifique el pago (f.° 140 y vto).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 20 de septiembre de 1950; el 28 de febrero de 2013 solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión de invalidez; el 12 de septiembre de 2014 Colpensiones le requirió por unos documentos para poder calificar la pérdida de su capacidad laboral; el 13 de noviembre de 2015 la EPS Compensar emitió concepto de no rehabilitación con fecha de estructuración del año 2013 sin indicar fecha exacta; mediante oficio n° BZ 2015_12242752 de 18 de diciembre de 2015 la EPS Compensar allega a Colpensiones documental para la valoración de la PCL; mediante dictamen n° 2017236390QQ emitido el 12 de septiembre de 2017 por medicina laboral, se estableció una PCL de 56.93% con fecha de estructuración al 8 de marzo de 2017; cuenta con 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a dicha fecha; contra dicho dictamen no se interpuso recurso, pero renunció a términos por la necesidad de percibir su pensión dejando de presente que no renunciaba al retroactivo ya que la fecha de estructuración debió ser anterior, pues considera que no se valoraron documentos que demuestran que su patología la adquirió desde el año 2013.

Manifestó que el 10 de noviembre de 2017 solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez, por lo que Colpensiones mediante resolución SUB 269471 de 2017 la reconoció a partir del 8 de marzo de 2017 en cuantía de 1 smlmv, con la advertencia de que no existe documentación respecto de la cual se pueda verificar si hubo pago o no de incapacidades; decisión que fue confirmada mediante resolución DIR 23778 de 2017 con el argumento de que no es posible tomar como fecha de la estructuración de la PCL el año 2012 ya que existen unas incapacidades que no reúnen las pautas fijadas por la entidad, sin verificar con la EPS si tales incapacidades fueron emitidas, pagadas o no, por lo que considera que no se resolvió de fondo el recurso de apelación interpuesto contra el acto administrativo primigenio, aunado a que desconoció no solo que desde el año 2015 ya se le había expedido el concepto de no rehabilitación con fecha de diagnóstico desde el año 2013, sino la certificación que obra en el expediente administrativo dentro del archivo magnético GRF-CER-EP-2017_11927346-20171110094733 donde se reportan unas incapacidades que no fueron pagadas; el 18 de enero de 2018 le solicitó a la EPS Compensar dichas incapacidades, sin obtener respuesta alguna, en todo caso, no le han sido pagadas (f.° 139, 140, vtos).

II.TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida 4 de octubre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (f.° 147, vto), quien se opuso con el argumento de que, no es posible modificar la fecha de estructuración de invalidez, ya que por regla general ello se debe evaluar bajo los lineamientos que establece la norma vigente, en este caso el Decreto 1207 de 2014, aunado a que el Decreto 917 de 1999 no establece que la invalidez se estructura en el instante en que se genera una pérdida de capacidad y por tanto, la fecha puede coincidir con la calificación o incluso presentarse anteriormente. Añadió que el demandante no hizo uso de su derecho establecido en el art. 142 del Decreto 019 de 2012 para presentar la oposición al dictamen dentro de la etapa correspondiente, de ahí que se encuentre debidamente ejecutoriado.

Manifestó que en el presente caso, la pensión de invalidez no se puede recibir desde la fecha de estructuración, porque existen incapacidades, por ende, la fecha de disfrute de la prestación será al día siguiente de la última fecha en las que se pagaron, conforme la Circular GNR02 de marzo de 2015 expedida por la Gerencia Nacional de Reconocimiento de Colpensiones, por lo que en el caso que aquí predica no se evidencian pagos de incapacidades para establecer la fecha de disfrute de la pensión de invalidez. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, improcedencia de los intereses moratorios, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y prescripción (f.° 168-177, 185, 186)

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (f.° 152, vto).

Mediante auto del 18 de octubre de 2018 se concedió el amparo de pobreza solicitado por el demandante (f.° 150).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 25 de enero de 2022, declaró sin valor y efecto alguno la fecha de estructuración fijada por Colpensiones en dictamen n.° 2017236390 de 12 de septiembre de 2017, para en su lugar establecer como tal, el 13 de noviembre de 2015; en

consecuencia, condenó a Colpensiones a pagar al demandante el retroactivo de la pensión de invalidez causado entre el 13 de noviembre de 2015 y el 30 de noviembre de 2017, en cuantía inicial de $644.350 con sus respectivos incrementos anuales, junto con los intereses moratorios desde que se hizo exigible cada mesada y hasta cuando se verifique el pago, más las costas procesales; declaró probada la excepción prescripción en relación con el pago de incapacidades otorgadas en el año 2012 y no probada las demás excepciones propuestas.

Motivó lo decidido en el concepto de rehabilitación no favorable emitido por la EPS el 13 de noviembre de 2015, en donde con fundamento en valoraciones médicas y registros históricos se estableció que las patologías del demandante venían presentándose entre 2012 y 2013 y le dejaron secuelas, como una colostomía que limita su función diaria, de ahí que a pesar de no evidenciar metástasis no exista expectativa alguna de su mejoría. Indicó que como ese concepto fue recibido el 18 de diciembre de 2015, le correspondía a Colpensiones iniciar en forma inmediata el proceso de calificación de la PCL del demandante y determinar la fecha de estructuración con base en lo dispuesto en el Decreto 1507 de 2014, sin embargo, ello solo vino a ocurrir el 12 de septiembre de 2017, previa acción de tutela que se vio obligado a adelantar el demandante ante la demora injustificada de la entidad, sin tener en cuenta que el historial clínico del demandante registraba la presencia de un adenocarcinoma de colon en estado inicial desde el año 2009 con una importante evolución y complejidad entre el 2012 y 2014, por ende debido a las distintas comorbilidades, ya se había disminuido su capacidad laboral para ese momento.

Señaló que no es posible concluir necesariamente que la fecha de estructuración es aquella en la que se establece la existencia del primer síntoma o su diagnóstico en este caso el año 2009, sino desde cuando el afiliado pierde más del 50% de PCL, que para este caso sería el mes de noviembre 2015. Estableció que no es viable tener en cuenta lo dictaminado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez dentro del proceso, porque sus fundamentos y conclusiones son una reproducción del dictamen elaborado por Colpensiones que se declaró inválido, sin efectuar explicación de los motivos verdaderos por los cuales debería tenerse como fecha de estructuración del padecimiento del demandante, la misma del control de oncología ordenando en consulta el 3 de marzo de 2017 a pesar de que se hizo referencia a historias clínicas y antecedentes médicos diagnosticados entre los años 2012 y 2014, por ende, no

reúne las condiciones establecidas en el art. 226 del CPG. Así que otorgó el retroactivo pensional desde el 30 de noviembre de 2015, máxime porque el demandante sí cuenta con 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a esa fecha de estructuración de la invalidez.

Finalmente adujo que las incapacidades de 79 días que no fueron autorizadas para su cobro, según certificación expedida por la EPS Compensar otorgadas entre el 23 de abril y el 10 de julio de 2012, están cobijadas por el fenómeno de la prescripción, en tanto que no se reclamaron dentro de los 3 años siguientes a ser expedidas; informó que no es posible declarar probado ese medio exceptivo respecto del dictamen, porque se profirió el 12 de septiembre de 2017, habiendo sido presentada la demanda dentro del término trienal respectivo (f.° 240, 241).

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 17 de febrero de 2022 se admitió en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el entonces vigente art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (f.° 244 - arch. 3 C002), pero únicamente la parte actora presentó alegaciones reiterando los argumentos expuestos en su demanda (f.° 245-248 - archs. 4, 5 C002).

V.CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si es viable declarar sin efecto el dictamen proferido por Colpensiones el 12 de septiembre de 2017, para así modificar tanto la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral del demandante como la data inicial en la cual tiene derecho a disfrutar la pensión de invalidez, y fijarla a 13 de noviembre de 2015 como lo indicó la *a quo*. Finalmente se estudiará lo atinente a la prosperidad de los réditos impuestos en primera instancia y a la excepción de prescripción.

No fue discutido y se encuentra acreditado que: ***i)*** el demandante nació el 20 de septiembre de 1950 por lo que en la actualidad cuenta con 73 años de edad

(CDS exp. admontivo f.° 129, 167, 178, 181); ***ii)*** cotizó al subsistema general de pensiones desde el 1° de noviembre de 1999 hasta el 30 de noviembre de 2017, un total de 789.14 semanas de cotización, según reporte expedido por Colpensiones el 6 de diciembre de 2018 (f.° 50, 158-164, CDS f.° 129, 167, 178, 181); ***iii)*** el 12 de septiembre de 2017 Colpensiones profirió el dictamen n° 2017236390QQ, en donde se estableció que el demandante tenía un 56.93% de PCL por enfermedad de origen común estructurada al 8 de marzo de 2017 (f.° 105-113, CDS f.° 129, 167, 178, 181); ***iv)*** el 10 de noviembre de 2017 el demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez a Colpensiones a partir de la citada fecha de estructuración de la invalidez (f.° 112, CDS f.° 129, 167, 178, 181); ***v)*** mediante Resolución n° SUB269471 del 27 de noviembre 2017 Colpensiones le otorgó la pensión de invalidez en cuantía de 1 SMLMV a corte de nómina es decir, a partir del 1° de diciembre de 2017 teniendo en cuenta un total de 751 semanas a 8 de marzo de 2017 y que la certificación de transcripción de incapacidades expedida por la EPS Compensar el 18 de octubre de 2017 que aportó, debía ser desestimada porque no estaba firmada por funcionario competente y no se indicaban cuáles incapacidades efectivamente se le pagaron al demandante, advirtiéndole que podría allegar la respectiva certificación con las formalidades del caso para verificar tal aspecto (f.° 114-117, CDS f.° 129, 167, 178, 181); ***vi)*** la anterior decisión fue confirmada mediante Resolución n° DIR 23778 de 2017 con el argumento de que no es compatible recibir mesadas pensionales derivadas de una invalidez y a su vez subsidios por incapacidades temporales, por tanto, el demandante debía acreditar la certificación idónea de las incapacidades pagadas para verificar cuál fue la última reconocida (f.° 120-124, 130-134, CDS f.° 129, 167, 178, 181).

Modificación en la fecha de estructuración de la invalidez.- El mencionado dictamen n° 2017236390QQ fue proferido en cumplimiento de la orden impartida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, en el fallo dictado el 27 de julio de 2017 dentro de la acción de tutela n° 11001 310 05 038 2017 00426 00, y del mismo se observa que los diagnósticos y deficiencias calificados fueron: G473 apnea del sueño – fistulas enterocutáneas, E102 Diabetes mellitus insulinodependiente con complicaciones renales – desórdenes del colon y recto, N189 insuficiencia renal crónica no especificada y K295 gastritis crónica no especificada – con criterios para calificar la deficiencia por síndrome de apnea e hipoapnea del sueño – SAHOS y desórdenes del tracto urinario superior, I394 trastornos valvulares múltiples en enfermedades clasificadas en otra parte; así mismo, que la fecha de estructuración allí impuesta

frente a tales diagnósticos estuvo directamente relacionada con una consulta por oncología que realizó el demandante el 8 de marzo de 2017, en donde se le diagnosticó un tumor maligno del colon en parte no especificada. No obstante, en los fundamentos de la calificación, se relacionaron documentos del historial clínico del demandante de fechas anteriores e incluso relacionadas con dicho nódulo y se indicó, que el demandante como conductor no había tenido actividad laboral desde 2012, sin que en concepto del Grupo Médico Interdisciplinario de Colpensiones alguno de estos padecimientos aplique para ser considerado como enfermedades degenerativas, progresivas, ni de alto costo o catastróficas, mucho menos congénita o cercana al nacimiento (f.° 105-113, CDS f.° 129, 167).

El demandante fue notificado de dicho dictamen y el 20 de septiembre de 2017 radicó un documento en Colpensiones mediante el cual renunció a términos con el fin de que se le expidiera constancia de ejecutoria *«más no al derecho de acción a que haya lugar»*, dado que desde el 30 de abril de 2012 fue objeto de una colostomía que le genera una limitación sumado a su edad y condición laboral, aunado a que en medio de sus limitaciones tuvo que acudir a un abogado para elevar acción de tutela y obtener el dictamen (f.° 102), por ende, el mismo quedó en firme conforme la constancia suscrita el 6 de octubre de 2017 por la Coordinadora Nacional del Proyecto Colpensiones en Asalud Ltda (CD f.° 129).

Como lo que se pretende es modificar la fecha de estructuración de la invalidez del demandante que estableció Colpensiones en el citado dictamen, según lo adoctrinado por el Máximo Órgano de Cierre de la especialidad laboral, en concordancia con lo dispuesto en el art. 3° del Decreto 1507 de 2017, vigente para la fecha de calificación del actor, tal concepto se entiende como la fecha en que se genera en la persona una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos, es decir, tal data debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral, con soporte en la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica y puede ser anterior o corresponder a la fecha de la calificación en la que se declara la pérdida de la capacidad laboral, siendo ello debidamente argumentado por el calificador y consignado en la respectiva calificación, sin que pueda estar sujeta a que el solicitante haya estado laborando y cotizando al Sistema de Seguridad Social Integral (CSJ SL4178-2020).

Lo anterior, bajo el entendimiento de que las secuelas hacen referencia a las alteraciones estructurales y/o funcionales de orden físico o psicológico de carácter permanente, que quedan tras el intento infructuoso de tratamientos médicos, farmacológicos y terapéuticos, para la curación de una enfermedad o de un traumatismo y son consecuencia de estos, pues ya no hay posibilidad de que exista una mejoría en tales patologías o diagnósticos del afiliado, de ahí que deban ser tenidas en cuenta por el ente calificador para ponderar el porcentaje de PCL, con la norma vigente a la fecha en que la persona perdió en forma definitiva su capacidad laboral; por ende, la data de estructuración de la invalidez no siempre coincide con la de la ocurrencia de un accidente o del diagnóstico de la enfermedad, toda vez que puede suceder que sus secuelas se manifiesten de manera posterior, o existan enfermedades congénitas o aquellas calificadas como crónicas o degenerativas, y solo a partir de cuando los tratamientos no coadyuvan en absoluto a la mejoría del paciente es que se estructura la invalidez por cuanto el afiliado ya no continúa con capacidad para desarrollar un determinado rol o trabajo (CSJ SL4178-2020, CSJ SL366-2019).

Así las cosas, se tiene que para establecer la viabilidad de la modificación en la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral del demandante, mediante audiencia celebrada el 14 de agosto de 2019 la *a quo* decretó la práctica de un dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez en favor del demandante (f.° 190, 191), que fue efectuado el 9 de octubre de 2020 con el n° 3001234-6959 y aclarado en audiencia del 6 de diciembre de 2021 por la Médica Fisiatra Ponente de la Sala 2 (f.° 203-206, 236, 237), que a la postre, fue desechado por la *a quo* como se indicó en los antecedentes.

En tal pericia se mantuvo la fecha de estructuración que señaló Colpensiones, respecto de las enfermedades G473 apnea del sueño severa tratada con CPAP (presión positiva continua en la vía aérea), E119 Diabetes mellitus tipo 2 insulinorrequiriente sin mención de complicación enfermedad metabólica con manejo farmacológico, K295 gastritis crónica no especificada y C187 tumor maligno del colon sigmoide; con sustento en que esa fecha corresponde a un control de oncología y que la valoración médica del paciente se efectuó en forma telefónica debido a la pandemia COVID-19. Sin embargo, dentro de los documentos reseñados en dicha pericia, se hizo referencia a situaciones acaecidas no solo el 17 de octubre de 2017, sino con anterioridad a esa data (mayo, junio y agosto de 2012, junio y diciembre de 2013, junio, octubre y

noviembre de 2014, marzo y noviembre de 2016) siendo la primera ubicada en el año 2009 data en la que le diagnosticaron adenocarcinoma de colon, en el 2010 cáncer de colon y en el 2012, diabetes mellitus tipo II.

La perito aclaró que la Junta Regional debe calificar absolutamente todo lo sucedido con el trabajador con secuelas establecidas de los diagnósticos, como lo es, lo indicado por el fondo de pensiones y las juntas de calificación, sin embargo, en esta ocasión, se limitó únicamente a verificar lo relacionado con la fecha de estructuración de la PCL conforme lo solicitó el juzgado, de ahí que no se estudió la determinación de deficiencia y compromiso del rol ocupacional y otras áreas, porque eso ya lo había fijado Colpensiones, entidad que por demás, según su dicho *sobrecalificó al paciente* al haberle dado ese porcentaje de PCL; señaló que en relación con el cáncer de colon, el demandante inicialmente no aceptó el tratamiento quirúrgico prescrito en el 2009 cuando fue diagnosticado, pero en el 2012 cuando presentó una emergencia por obstrucción intestinal, requirió cirugía para colostomia, así que uno de los carcinomas presentó estadio II; agregó que al momento de la calificación solamente le fue entregado a la Junta, documental hasta el año 2016 y que lo que se registró con el año 2017, son controles a los que se hizo referencia por parte de Colpensiones en el dictamen respectivo, porque no se aportó documental de esa data, pero en todo caso, se encontró que el adenocarcinoma estaba controlado, ya que no había recaída ni recidiva con posterioridad al tratamiento, solo que hasta el año 2016 tuvo la colostomía; que como debido a la contextura física del demandante necesita controles médicos crónicos en forma semestral o trimestral para el seguimiento de sus patologías crónicas, una de ellas es la diabetes, y a la otra, se debe hacer el seguimiento por parte de oncología.

Informó que a la Junta no le fue aportada la totalidad de la documental necesaria para elaborar el peritaje, dado que no le enviaron los controles de oncología o gastroenterología, como para establecer si el demandante continúa con la colostomía abierta y cuál el motivo, por ende, presume la Junta que tal intervención quirúrgica persiste; informó que las personas no se califican como disfuncionales ni inválidas debido a una colostomía o a padecer diabetes, sí se da un manejo adecuado, por ende, el demandante podía trabajar como conductor en su camión aún después de habérsele practicado dicha intervención con los reposos y pausas establecidos para realizar el cambio de la bolsa correspondiente, porque esta situación únicamente presenta restricción para personas que manejan cargas o sobreesfuerzos físicos, de ahí que Colpensiones

le haya indicado en el rol laboral, que tenía un puesto de trabajo adaptado, porque en todos los casos un paciente con colostomía es apto para trabajar con recomendaciones médicas del galeno tratante y de salud ocupacional pues depende de la actividad que realice, solo se le da una incapacidad médica mientras está en tratamiento y esta se levanta cuando se termine el tratamiento para que retorne a laborar con sus respectivos controles.

Señaló que respecto de la insuficiencia renal del demandante, se registró únicamente que requirió soporte de diálisis durante unos meses, sin que posteriormente se hubiera notado algún compromiso renal, por ende era agudo porque debido al proceso de obstrucción y la descompensación metabólica en el año 2012 requirió la hemodiálisis entre los meses de abril y noviembre y en la consulta de oncología del 10 de marzo de 2016 no se reportó que hubiera continuado con hemodiálisis o diálisis peritoneal, así que para ese momento la función renal no la tenía comprometida, solo debía hacerse seguimiento, por lo que no era necesario asignarle como porcentaje de deficiencia respecto de los desórdenes del tracto urinario superior un 38% sino mejor un 14%; manifestó que como no se aportó un soporte del cual se desprendiera un mayor compromiso de la hemoglobina glicosilada debía dejarse el 20% por deficiencia a la diabetes, mientras que debió haberse bajado el porcentaje de las enfermedades neoplásicas dado que el demandante lleva más de 2 años sin evidencia de recaída, por ende, en su sentir, Colpensiones no ha debido considerar al demandante como una persona en condiciones de invalidez, motivo por el cual la Junta ratificó la fecha de estructuración de la invalidez determinada por esa entidad, porque fue cuando se indicó por parte del oncólogo que el proceso estaba estable sin recaída tumoral y sin falla renal para ese momento (f.° 236, 237).

En este punto, ha de indicarse que de conformidad con la Organización Mundial de la Salud OMS «*La diabetes es una enfermedad crónica que aparece cuando el páncreas no produce insulina suficiente o cuando el organismo no utiliza eficazmente la insulina que produce. El efecto de la diabetes no controlada es la hiperglucemia (aumento del azúcar en la sangre), que con el tiempo daña gravemente muchos órganos y sistemas, especialmente los nervios y los vasos sanguíneos.*»[1], y así se ha señalado en sentencias CSJ SL5023-2021, CSJ 2272-2021, CSJ SL5576-2021, en donde también se ha establecido que las

[1] https://www3.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=category&id=4475&layout=blog&Itemid=40610&lang=es&limitstart=15#:~:text=La%20Diabetes%20Mellitus%20es%20una,la%20acci%C3%B3n%20de%20la%20insulina.

enfermedades de tipo crónico son de larga duración y progresión generalmente lenta y se catalogan como una patología para la cual *«aún no se conoce una solución definitiva y el éxito terapéutico consiste en tratamientos paliativos para mantener a la persona en un estado funcional, mediante el consumo constante de fármacos (...); dichas enfermedades, hoy por hoy, son las causantes de la mayoría de muertes y de discapacidades mundiales».*

Y en cuanto a ser catalogada como crónica, se puede traer a colación lo que frente a esta categoría de patologías señala la OMS:

> Las enfermedades crónicas, no transmisibles (ENT) son la principal causa de muerte y discapacidad en el mundo. El término, enfermedades no transmisibles se refiere a un grupo de enfermedades que no son causadas principalmente por una infección aguda, dan como resultado consecuencias para la salud a largo plazo y con frecuencia crean una necesidad de tratamiento y cuidados a largo plazo.
>
> Estas condiciones incluyen cánceres, enfermedades cardiovasculares, diabetes y enfermedades pulmonares crónicas. Muchas enfermedades no transmisibles se pueden prevenir mediante la reducción de los factores de riesgo comunes, tales como el consumo de tabaco, el consumo nocivo de alcohol, la inactividad física y comer alimentos poco saludables. Muchas otras condiciones importantes también se consideran enfermedades no transmisibles, incluyendo lesiones y trastornos de salud mental. [2]

De este modo, considera la Sala que le asiste la razón a la *a quo* al haber dejado sin efecto el dictamen proferido por Colpensiones y modificado la fecha de estructuración de la invalidez al 13 de noviembre de 2015, sin tener en cuenta lo dictaminado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, por cuanto a pesar de que dentro del expediente no se aportó por el actor la misma documental que tuvieron en cuenta dichas entidades al proferir las pericias, por lo menos las atenciones médicas brindadas en el año 2017, que fue precisamente sobre la que la demandada y la JRCI de Bogotá establecieron la fecha de estructuración, se tiene que según las historias clínicas que obran en físico y en medio óptico, expedidas por la Clínica San Rafael, Foqus Ltda, Compensar, Hospital Universitario San Ignacio, Idime, Unidad de Enfermedades Respiratorias Ltda, RTS Agencia CSR Bogotá, se puede constatar una realidad totalmente distinta en cuanto a la situación clínica y física del demandante como a continuación se expone:

Si bien el actor fue diagnosticado con cáncer de colon desde octubre de 2009, insuficiencia renal crónica desde el 20 de mayo de 2012, embolia pulmonar sin mención de corazón pulmonar agudo en mayo de 2013, apnea desde el 2013

[2] https://www.paho.org/es/temas/enfermedades-no-transmisibles

y también diabetes, por lo que ha tenido una serie de complicaciones, obesidad, dislipidemia, peritonitis, hipertensión arterial, candidiosis esofágica, gastritis crónica y falla renal, lo cierto es que solo desde el año 2012 y hasta el año 2014 debido a las complicaciones presentadas, el deterioro del estado clínico y a que el paciente no permitió que se le realizara un manejo quirúrgico con anterioridad, se le empezaron a efectuar varios tratamientos quirúrgicos, fármacos y cuidados paliativos que se concentraron en mejorar su calidad de la vida y obtener una mejoría clínica, dentro de los que se pueden observar múltiples lavados peritoneales terapéuticos, colostomía y hemicolectomía en el flanco izquierdo, el 20 de abril y el 1° de agosto de 2012, respectivamente, catéter subclavio derecho desde el 31 de mayo de 2012, diálisis y hemodialisis, imágenes diagnósticas, escleroterapia, varias colonoscopias, laboratorios clínicos, estudios corporales y cerebrales parametrizados, oxigenoterapia, transfusiones de sangre, terapias respiratorias, biopsias, sigmoidectomía, consultas con medicina interna, nefrología, gastroenterología, hematología, neumología, terapia ocupacional y oncología (f.° 2-28, 30, 32-49, 52-75, 77-84, 87, 88, 90, 91, CDS f.° 137, 179, 180), algunos por los que fue objeto de hospitalizaciones (entre el 1 y el 13 de agosto de 2012) e incapacidades, una de ellas de 79 días comprendidos entre el 23 de abril y el 10 de julio de 2012, como se constata con las certificaciones emitidas el 18 de octubre de 2017, el 27 de mayo y el 1° de junio de 2021 por la EPS Compensar (f.° 83, 103, vto, 225 vto-227, CDS f.° 129, 137, 167, 178-180), más 30 días otorgados por la citada hospitalización a partir del 13 de agosto de 2012 (f.°3, vto).

Nótese que según el formato estandarizado de contrarreferencia de pacientes diligenciado el 10 de febrero y el 26 de mayo de 2014 por el Médico especialista en Hematología del Hospital Universitario San Ignacio, se informó que con posterioridad a la colostomía practicada y a las varias resecciones locales de pólipos intestinales, percibió una mejoría clínica en junio de 2013, que la falla renal aguda que presentó fue resuelta y que la colostomía era normofuncionante (f.° 47, 60).

Sin embargo, contrario a lo aducido por la perito dentro de la audiencia celebrada el 6 de diciembre de 2021 (f.° 236, 237), se observa que el demandante sí quedó con densas secuelas a raíz de estos tratamientos infructuosos, y ello se afirma debido a que 14 de abril de 2014 el gastroenterólogo encontró en la endoscopia nuevos pólipos, se remitió al paciente a oncología para la realización de otra colonoscopia y otra polipectomía dada la posibilidad de síndrome

polipósico, las cuales fueron autorizadas por el hematólogo y realizadas el 6 de junio, el 1° y 2 de octubre del mismo año con evidencia de perforación del tumor, compromiso del peritoneo, antecedentes de sangrado y adenomas encontrados en menos de 1 año, lo cual dicho sea de paso, también confirmó el oncólogo el 13 de noviembre de 2014 y remitió al demandante a genética por tal situación (f.° 52, 60, 91, CDS f.° 137, 179, 180).

De ahí que, el 13 de noviembre de 2015 el Médico tratante especialista e Salud Ocupacional de Compensar, emitió un concepto **desfavorable** de rehabilitación de donde se desprende que pese a que el paciente fue objeto de manejo quirúrgico desde el año 2012, sin que para la fecha de emisión del concepto, estuviera haciendo uso de quimioterapia o de diálisis ni se evidencia metástasis, la verdad es que con el *«antecedente de diabetes insulinodependiente que se evidencia como factor agravante de su condición renal con sintomatología de apnea del sueño que viene en estudio por parte de neumología»*, **no** esperaba para tal data una rehabilitación o recuperación del demandante ni consideraba que existiera una expectativa de mejorar su condición de salud, aun cuando ordenó que el paciente debía continuar en tratamiento por oncología y controles por función renal, debido a los pólipos recurrentes, a la insuficiencia renal y a la colostomía que afecta su funcionalidad diaria. Tal documento fue radicado por la EPS Compensar ante Colpensiones el 26 de julio de 2017 con el radicado 2017_7716804 como así lo admitió Colpensiones en documento del 28 de diciembre de 2017 rad. BZ 2017_3921849 (f.° 89, 94 CDS f.° 129, 137, 167, 178-181), sin que se hubiera hecho alusión al mismo dentro de las pericias reseñadas.

Con posterioridad a esa data, solo se observa la práctica de una polisomnografía practicada el 29 de noviembre de 2016, una consulta por neumología del 6 de octubre de 2016 de la cual se desprende que el demandante fue rotulado como paciente *enfermo crónico sintomático* que consultó para tratar su apnea del sueño, más otra consulta por medicina general del 23 de febrero de 2017 en donde se le ordenó por 6 meses, el uso de un dispositivo BIPAP para nivelar la presión positiva en las vías respiratorias (CDS f.° 137, 179, 180).

Por lo anterior y de conformidad con la jurisprudencia aquí reseñada, sí era viable fijar la fecha de estructuración de la invalidez del demandante a partir del momento en que se estableció médicamente con el concepto desfavorable de rehabilitación que, a pesar de todos los tratamientos practicados, ya no existía una posibilidad en la mejoría de la salud del actor, quien debido a las múltiples

patologías y a su edad (65 años para el año 2015), no continuaba con capacidad para desarrollar la labor de conductor.

En consecuencia, se **confirmará** lo relativo a la modificación en la fecha de estructuración de la invalidez del actor, porque la data de estructuración fijada en los dictámenes de Colpensiones y de la JRCI no se acompasa con lo descrito, pues no coincide realmente con el momento en que el demandante llegó a la pérdida mínima en el sistema (50%) en forma permanente y definitiva; por ende, también lo atinente a la data a partir de la cual, se debe pagar el retroactivo pensional, en la medida en que por una parte, el demandante supera con creces la densidad mínima de semanas exigida con anterioridad a la estructuración en el art. 1° de la Ley 860 de 2003 (un poco más de 150 semanas dentro del trienio anterior - f.° 158-164).

Por otra parte, aun cuando no se desconoce la incompatibilidad de percibir el pago de incapacidades y de mesadas pensionales por invalidez de manera simultánea (CSJ SL 15 may. 2006 rad. 26049, CSJ SL40887-2013), y a pesar de que el demandante tuvo 79 días de incapacidad comprendidos entre el 23 de abril y el 10 de julio de 2012, más 30 días otorgados por una hospitalización a partir del 13 de agosto de 2012, la verdad es que se causaron con mucho tiempo antes de la data a partir de la cual se debe pagar la primera mesada pensional (13 de noviembre de 2015) y en todo caso, la primera incapacidad no fue pagada debido a que cuando fue solicitada el 20 de abril de 2015, ya había sobrepasado el término de vigencia de 3 años, aunado a que ses presentaron pagos extemporáneos de aportes en 3 o más períodos, como se constata con las certificaciones emitidas el 18 de octubre de 2017, el 27 de mayo y el 1° de junio de 2021 por la EPS Compensar (f.° 83, 103, vto, 225 vto-227, CDS f.° 129, 137, 167, 178-180); además, Colpensiones no acreditó, teniendo la carga probatoria de hacerlo, conforme los arts. 164 y 167 del CGP, que el demandante recibió pagos por incapacidades como lo adujo en su contestación a la demanda, de manera concomitante o posterior a la data en la que se estructuró la pérdida de capacidad laboral y que por tal razón no puede percibir mesadas pensionales con anterioridad a la fecha en que fueron reconocidas en sede administrativa.

Intereses moratorios.- Frente a lo que tiene que ver con los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993 ha de indicarse que deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de las mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe de la entidad que deba asumir el pago

de la prestación pensional, o de las circunstancias que hayan rodeado la solicitud del derecho pensional en sede administrativa, como quiera que lo que se busca con dicho rédito es el resarcimiento económico para aminorar los efectos adversos causados por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, debido a su carácter resarcitorio y no sancionatorio. Sin embargo, en sentencia CSJ SL3130-2020, se señaló que existen situaciones que exoneran de la imposición de los intereses moratorios, siempre que existan razones atendibles que estén amparadas por el ordenamiento jurídico vigente, o por la aplicación de reglas jurisprudenciales o cuando se concede la prestación con fundamento en cambios jurisprudenciales (CSJ SL1947-2020, CSJ SL5576-2021, CSJ SL4248-2022).

De esa manera, se estima que la negativa en el reconocimiento del retroactivo pensional se basó fundamentalmente, en que no es compatible el recibir mesadas pensionales derivadas de una invalidez y a su vez subsidios por incapacidades temporales, así como la fecha de estructuración de la invalidez determinada, y que el demandante para la data en la que se profirió el acto administrativo de reconocimiento, aún se encontraba efectuando cotizaciones al sistema; sin embargo, se concluyó que era viable modificar la fecha de estructuración de la invalidez y así mismo, se ordenó el retroactivo pensional, dadas las condiciones específicas del caso analizado, acorde con el concepto desfavorable de rehabilitación emitido por el médico tratante especialista de la EPS, el 13 de noviembre de 2015, radicado ante Colpensiones el 26 de julio de 2017, esto es, previo a la calificación y reconocimiento pensional, en el que se omitió injustificadamente disponer el pago del retroactivo pensional a favor del actor, por lo menos desde la fecha de estructuración determinada inicialmente por la entidad, que además aquí quedó desvirtuada con base en la información en poder de la entidad.

Es así que para la Sala resultan procedentes los intereses moratorios ordenados, pero no desde la exigibilidad de cada mesada, sino a partir del vencimiento del término de 4 meses con el que contaba la entidad para resolver en forma adecuada la solicitud pensional, que se efectuó con el lleno de requisitos legales el 10 de noviembre de 2017, esto es, hay lugar a los mencionados intereses moratorios a partir del 10 de marzo de 2018, y hasta el pago efectivo del retroactivo pensional ordenado, a la tasa máxima de interes moratorio vigente para ese momento, en los términos dispuestos en el art. 141 de la Ley 100 de

1993, y en ese sentido se **modificará** el numeral tercero de la decisión de primera instancia.

Prescripción.- Finalmente, en lo que tiene que ver con la prescripción, ha de indicarse por un lado que la presente acción con la que se pretendió dejar sin validez el dictamen proferido el 12 de septiembre de 2017, fue impetrada dentro del término trienal de que trata el art. 151 del CPTSS (9 de julio de 2018 – f.°146); por otra parte, que ninguna de las mesadas que hacen parte del retroactivo a girar se encuentran afectadas del fenómeno extintivo, en la medida en que se causaron dentro de ese trienio y además la última resolución que negó el retroactivo pensional, fue notificada el 10 de abril de 2018 (f.° 130-134). Por ende, se **confirma** lo decidido en este aspecto.

Sin embargo, se **precisará** la condena impuesta en el numeral **segundo** de la parte resolutiva de la sentencia consultada, en el sentido de señalar que el retroactivo liquidado entre el 13 de noviembre de 2015 y el 30 de noviembre de 2017 asciende a la suma de **$28.822.208**, liquidado a razón de 13 mesadas anuales calculadas cada una en 1 SMLMV, en tanto que la prestación se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011 de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005.

Retroactivo en 13 mesadas anuales desde el 13 de noviembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2018			
Año	**Monto mesada**	**N° mesadas**	**Valor mesadas al año**
2015	$ 644.350	2,6	$ 1.675.310
2016	$ 689.455	13	$ 8.962.915
2017	$ 737.717	13	$ 9.590.321
2018	$ 781.242	11	$ 8.593.662
		Gran Total:	**$ 28.822.208**

Se **adicionará** de igual forma tal numeral, para autorizar a Colpensiones que, del retroactivo a pagar descuente lo relativo a los aportes en salud y los redireccione a la EPS a la cual se encuentra afiliado el demandante.

En estos términos queda estudiado el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones. Sin costas en la alzada ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC,**

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR y PRECISAR la condena impuesta en el numeral **segundo** de la sentencia consultada proferida el 25 de enero de 2022, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el sentido de indicar que el retroactivo a cargo de Colpensiones y a favor del demandante, liquidado entre el 13 de noviembre de 2015 y el 30 de noviembre de 2017 asciende a la suma de **$28.822.208**, liquidado a razón de 13 mesadas anuales, con la autorización para Colpensiones, de descontar del retroactivo a pagar los aportes en salud, por las razones expuestas en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **tercero** de la sentencia consultada, para en su lugar, ordenar el pago a cargo de Colpensiones de los intereses moratorios sobre el retroactivo objeto de condena, a partir del 10 de marzo de 2018 y hasta su pago efectivo, a la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento del pago, conforme a lo expuesto en las consideraciones anteriores.

TERCERO: Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

CUARTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EhaBv2h6XLVFrAiWAeO9hxkBUoAHzSzIDA41GvDy8TLXKQ?e=dhFQNC

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **49a7690ab22571357d53fe01340adcadf43851d930fe3d560b15b4a929bd8eee**
Documento generado en 25/04/2023 12:41:51 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN.	11001 31 05 **026 2020 00021** 01
DEMANDANTE:	LUZ MERY VERGARA VILLAMIL
DEMANDADAS:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, veintiuno (21) de abril de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir SA y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 26 de julio de 2022, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la ineficacia del traslado realizado el 1° de marzo de 1996 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir, ante la omisión en la información clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las implicaciones que tenía el cambio de régimen pensional; en consecuencia, se condene a Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores que obren en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos causados; se condene a Colpensiones a recibirla como afiliada y recibir los valores del RAIS para contabilizar las semanas cotizadas para efectos pensionales. Subsidiariamente solicitó se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos del ese traslado de

régimen pensional por no existir un consentimiento libre, voluntario e informado al momento de la vinculación (pág. 4 arch. 1 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que cotizó al extinto ISS desde junio de 1996 hasta el 24 de enero de 1998, sin embargo sus aportes fueron devueltos por no vinculada y sin explicación por parte del ISS en esa época; le depositaron sus aportes a Porvenir sin su consentimiento a partir de marzo de 1996; al momento del traslado a Porvenir SA no fue asesorada o informada en forma transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las diferencias entre uno y otro régimen pensional, como tampoco de las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, junto con los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes, forma de funcionar de ese sistema, ni se le indicó cuál régimen le convenía más teniendo en cuenta su situación personal, tampoco se le indicó el capital que debía acumular para poderse pensional en el RAIS ni cómo obtener dicha prestación y sus condiciones o su derecho al retracto, no se le efectuó una proyección de su futuro pensional; el 27 de agosto de 2019 solicitó a Colpensiones el traslado de régimen, solicitud que fue rechazada; el 3 de septiembre de 2019 solicitó la historia laboral ante Porvenir SA, y allí figuran cotizaciones a otras administradoras entre junio de 1996 y diciembre de 1997; solicitó el 25 de octubre de 2019 una simulación ante Porvenir SA, quien le informó que se podía pensionar con el SMLMV (págs. 3-4 *ídem*).

II.TRÁMITE PROCESAL

La demanda correspondió por reparto al Juez 25 Laboral del Circuito de Bogotá DC, quien mediante auto del 13 de noviembre de 2019 se declaró impedido, así que luego de avocar conocimiento, el Juzgado 26 Laboral del mismo Circuito Judicial, por auto del 14 de septiembre de 2020 la admitió y ordenó la notificación y traslado a las demandadas (págs. 55-61 arch. 1 C01) entidades que dieron respuesta en término oportuno.

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones; propuso excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, cobro de lo no debido y presunción de legalidad de los actos administrativos (págs. 63-72, 220, 221 arch. 1 *ídem*).

Porvenir se opuso a todas y cada una de las pretensiones; formuló las excepciones de mérito de prescripción, cobro de lo no debido, ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe (págs. 108-140, 220, 221 arch. 1 *ídem*).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (arch. 9 *ídem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 26 de julio de 2022, profirió sentencia en la que declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante al RAIS; condenó a la AFP Porvenir SA, a transferir la totalidad de los aportes realizados junto con los rendimientos financieros a Colpensiones, sin descuento alguno por concepto de gastos de administración; condenó a Colpensiones a aceptar dicha transferencia y contabilizar para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante; declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso condena en costas a cargo de Porvenir SA.

Consideró que conforme a la línea jurisprudencial de la Corte, la AFP desde su creación estaba obligada a dar información a la afiliada previo al traslado, para que tomara una decisión objetiva, voluntaria, autónoma y consciente; que el deber de información es ineludible y no se suple con las declaraciones contenidas en el formulario de afiliación, ya que solo demuestra el consentimiento pero no que fue informada, carga de la prueba que corresponde a las AFP; que conforme a las pruebas evacuadas en el proceso, la AFP demandada no cumplió con la carga de la prueba para acreditar que cumplió a cabalidad con el deber legal de información, de asesoría completa y oportuna, suficiente y veraz, con el fin de que conociera las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales y modalidades de pensión, máxime cuando el asesor ni se percató de que la demandante ya había cotizado con anterioridad a ese traslado ante la Caja de Previsión del municipio de Fusagasugá; tampoco le informó que podía retornar al RPMPD antes de cumplir 47 años de edad, a fin de que pudiera tomar una decisión verdaderamente informada sobre lo que ella consideraba mejor para su futuro, incluso si le convenía mantenerse en el RAIS. Agregó que es viable declarar la ineficacia del traslado y retrotraer las cosas a su estado inicial como si nunca hubiera existido el traslado. Finalmente adujo que la acción no se encuentra prescrita, porque tal

situación se encuentra íntimamente ligada con la construcción de un beneficio pensional (archs. 6, 7 *ídem*).

IV.RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir SA, argumentó que el traslado efectuado del RPMPD al RAIS se realizó de manera libre y voluntaria tal como se expresa en el formulario de afiliación suscrito por la demandante ante Porvenir SA, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación, el cual fue diligenciado con la totalidad de los datos suministrados por la afiliada, quien en el interrogatorio de parte manifestó conocer algunas características del RAIS con base en los argumentos dados por los funcionarios comerciales de Porvenir respecto de las características básicas; Porvenir cumplió a cabalidad con el deber de información y las cargas formales que le asistía al momento de la firma de tal formulario, así mismo validó en 2 oportunidades junto con Asofondos la procedencia de los aportes y el historial de la vida laboral de la demandante a lo largo de su afiliación al sistema de seguridad social en pensiones.

Señaló que no es procedente la devolución de los rendimientos financieros junto con los gastos de administración o sumas de seguros provisionales, por cuanto ellos son producto de la gestión profesional realizada durante todos los años en los que permaneció afiliada la demandante, aunado a que son característicos exclusivamente del RAIS y conforme el art. 20 de la Ley 100 de 1993 el fondo se encontraba autorizado para hacer los respectivos descuentos y en todo caso, pagó los seguros previsionales mensualmente en forma oportuna, así que, de proceder a la devolución de tales montos se contraviene lo establecido en el art. 897 del CoCo y se afectaría su propio patrimonio.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022 se admitió el recurso interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4 C02).

Porvenir SA presentó alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la contestación a la demanda y su recurso; la demandante señaló que se ratificaba en los alegatos presentados en primera instancia (archs. 7, 8 C02). Colpensiones guardó silencio.

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los arts. 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 28 de agosto de 1964 (pág. 21 arch. 1, arch. 1.1.1 C01); ***ii)*** laboró para el Municipio de Fusagasugá entre el 21 de junio de 1990 y el 31 de mayo de 1992, tiempo cotizado a la Caja de Previsión Social Municipal de Fusagasugá (págs. 236-238 arch. 1); ***iii)*** posteriormente prestó servicios para el mismo municipio desde el 1° de marzo de 1996 por lo menos hasta el 13 de enero de 2022, cuando la Dirección de Gestión Humana de la Alcaldía de Fusagasugá suscribió la comunicación n° 00144095 en respuesta al requerimiento efectuado por la *a quo* en audiencia del art. 77 del CPTSS (págs. 222, 221, 230, 236, 237 arch. 1); ***iv)*** para este segundo período fue vinculada por tal municipio al extinto ISS con formulario n° 008842 del 1° de marzo de 1996, así que realizó aportes a esa entidad entre el 1° de junio de 1996 y el 31 de diciembre de 1997, sin embargo, dichas cotizaciones fueron giradas al RAIS por virtud del Decreto 3995 de 2008, según lo indicado en el reporte de semanas expedido por Colpensiones el 6 de septiembre de 2019 (págs. 24, 26, 238 arch. 1*)*; ***v)*** suscribió solicitud de vinculación a la AFP Porvenir mediante el formulario n° 657976 (sin fecha legible), empero, de acuerdo con la certificación de Asofondos, quedó trasladada al RAIS el 1° de marzo de 1996 con fecha de efectividad desde el 1° de mayo de 1996 (págs. 141, 147 arch. 1), administradora a la que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1268 semanas cotizadas conforme las historias laborales consolidadas y la certificación emitidas por la mencionada AFP el 3 de diciembre de 2020 (págs. 28-39, 148-173 arch. 1)

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El art. 13 de la Ley 100 de 1993, en su lit. b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el art. 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inc. 1° del art. 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inc. 7.º del art. 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera *'preimpresa'* en el formulario de vinculación, norma que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

> Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.
>
> La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.
>
> La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
>
> Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña."

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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".

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

"(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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.

> (…) 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."

En esta providencia, también se dijo:

> "(…) 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."

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, o se encuentra en la prohibición legal de traslado, ya que todo esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante quedó vinculada al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **Porvenir**, el 1° de marzo de 1996 y si bien en el formulario de vinculación n.° 657976 suscrito por la accionante (págs. 147 arch. 1) se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, suficiente y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

> "(...) 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 y 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."

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

> El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.
>
> Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento *«consentimiento»* para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el *«deber de información y buen consejo»* que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.
>
> Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

> De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021, precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

> Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir SA, que hubiera suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 1° de marzo de 1996 con su afiliación a la AFP Porvenir, efectivo desde el 1° de mayo de 1996 (págs. 141, 147 arch. 1).

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ sentencias SL1022-2022, SL1017-2022, SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Por lo expuesto, se **modificará** y **adicionará** el numeral **segundo** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar que la AFP Porvenir SA, efectúe la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados por la *a quo*, junto con los bonos pensionales si los hubiere, las primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y comisiones

debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, con la discriminación y detalle de los valores a devolver.

Se precisa, que como la actora estuvo afiliada durante un tiempo a la Caja de Previsión Social Municipal de Fusagasugá, al regresar al régimen de prima media lo debe hacer a Colpensiones, única administradora de este régimen en la actualidad en virtud de lo dispuesto en la Ley 1151 de 2007 y el Decreto Extraordinario 4121 de 2011.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado 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»*[1], por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

En los anteriores términos queda estudiada la apelación y surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR y **ADICIONAR** el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 26 de julio de 2022, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, deberá devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados con ocasión de la

[1] CSJ SL1688-2019.

vinculación de la demandante, los bonos pensionales si los hubiere, las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las comisiones, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC y aportes pagados, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, acorde con la motivación expuesta.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

CUARTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EhfPlNb-liBCgHTwHCmYa9UBRdbvlcE32qzBxadlNRKwVg?e=b21cFS

Luz Patricia Quintero Calle

Firmado Por:

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **45fa093e13a8f1831304689d488b511c260ca3eaf32e74c908081ffa95d828e8**
Documento generado en 25/04/2023 12:42:00 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN.	11001 31 05 **004 2021 00016** 01
DEMANDANTE:	TASMIR DE JESÚS GONZÁLEZ PETRO
DEMANDADAS:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA

Bogotá DC, veintiuno (21) de abril de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor respecto de la sentencia proferida el 25 de agosto de 2022, por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que en forma principal se declare la nulidad del traslado efectuado el 19 de abril de 1994 al RAIS administrado por Protección SA, y que por tanto, para efectos pensionales continúa afiliada en el RPMPD; en consecuencia, se condene a Protección SA a devolver a Colpensiones los aportes, sumas adicionales, saldos, frutos, intereses y rendimientos, sin deducción por costos de administración o fondo de solidaridad; se condene a Colpensiones a recibir tales valores previa verificación satisfactoria de la integridad de los aportes efectuados al RAIS y actualice su historia laboral para ver tales aportes reflejados en la totalidad de las semanas cotizadas. De manera subsidiaria solicita que se declare que no dejó de estar afiliada al RPMPD, es decir, que no hubo solución de continuidad en la afiliación al extinto ISS (págs. 4, 5 arch. 1 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 9 (sic) de febrero de 1965; se afilió al extinto ISS a partir del 1° de abril de 1988; en mayo del año 1994 acudieron asesores de Protección SA, a la empresa en la que se encontraba laborando para aquella época, con el propósito de adelantar afiliaciones y traslados al RAIS; junto con sus compañeros de trabajo recibió una asesoría deficiente y sesgada, no veraz, ineficaz y sin proyecciones pensionales, motivada por las exigentes metas de clientes que debían cumplir en el área comercial de Protección SA, pues no le indicaron datos trascendentales para el reconocimiento de la pensión de vejez en el RAIS, ni qué condiciones le eran más favorables en relación con el RPMPD; el 18 de abril de 1994 se efectuó una afiliación irregular y bajo engaños con el diligenciamiento del formulario n° 10289 el cual fue radicado en las oficinas de Protección SA el día siguiente.

Indicó que para ese momento fue informada de que el ISS desaparecería, que podía pensionarse a cualquier edad en el RAIS y en mejores condiciones económicas que en el RPMPD, sin embargo, no fue informada acerca de las diferencias de los regímenes pensionales ni le indicaron cómo poderse pensionar en forma anticipada o bajo cualquier otra modalidad del RAIS, sino que luego de trasladarse podía disponer en cualquier momento del dinero que representaba su bono pensional, por lo que considera, fue asaltada en su buena fe; agregó que el 7 de noviembre de 2017 y el 12 de julio de 2019 solicitó a Colpensiones y a Protección SA, respectivamente, una proyección acerca del valor de la mesada pensional, respecto de lo cual le fue respondido que cuando cumpliera los 57 años de edad, en el RAIS sería de $973.683 y en el RPMPD de $1.398.129, lo que resulta desproporcionado (págs. 5-8 *ídem*).

II.TRÁMITE PROCESAL

Previa subsanación, la demanda se admitió el 29 de septiembre de 2021, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (arch. 6 C01), quienes dieron respuesta en término oportuno.

Colpensiones presentó oposición a lo pretendido. En su defensa propuso como excepciones las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad

financiera del sistema, imposibilidad de volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción (págs. 1-18 archs. 12, 16 *ídem*).

Protección SA, se opuso a lo pretendido y formuló como excepciones de mérito las denominadas inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y la prima del seguro previsional cuando se declara la ineficacia de la afiliación porque afecta derechos de terceros de buena fe (págs. 3-36 archs. 13, 16 *ídem*).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (arch. 8 *ídem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 25 de agosto de 2022, profirió sentencia en la que declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a Protección SA suscrita en mayo de 1995 y por tanto, para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó y siempre permaneció en el RPMPD; en consecuencia, condenó a Protección SA a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden; señaló que los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. A su vez, ordenó a Colpensiones aceptar sin dilación alguna el traslado de la demandante al RPMPD junto con sus correspondientes aportes; declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso costas a cargo de Protección SA.

Consideró que conforme a la normatividad vigente para la época del traslado de régimen de la demandante y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el deber de información está radicado en cabeza de las AFP, sin

embargo, no se aportaron medios de convicción tendientes a demostrar la información suministrada a la demandante al momento de efectuar su traslado al RAIS, por ende, todo debe regresar a su estado inicial; señaló que la ineficacia del traslado no se convalida o se ratifica por la firma del formulario de afiliación ni por el paso del tiempo en el RAIS, tampoco está sometida al término trienal de prescripción, en tratándose de un asunto estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional, que aún no se ha causado (archs. 22, 23 C01).

IV.RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones, señaló que es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la AFP privada y la demandante, por ende, como solo tiene efecto inter partes, no puede ser favorecida ni perjudicada respecto de la declaratoria efectuada por el *a quo;* de aceptar a la demandada al RPMPD se afectaría gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones, dado que frente a este tipo de condenas impuestas a la entidad, se debe tener en cuenta el impacto de la reserva pensional que día tras día se ha venido afectando en forma excesiva por procesos como este. Indicó que en caso de que se confirme la orden se debe condenar a la AFP a pagar los perjuicios económicos generados con la falta al deber legal de información que le competía, teniendo en cuenta que quien causó el daño, debe entrar a repararlo y no Colpensiones como tercero.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022 se admitió el recurso interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 04 C02).

La demandante y Colpensiones presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la demanda, su contestación y el recurso (archs. 5, 6 C02). Protección SA guardó silencio.

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la

Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los arts. 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora privada demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 10 de febrero de 1965 (pág. 50 archs. 1, 15.1 C01); ***ii)*** cotizó al extinto ISS entre el 6 de abril de 1988 y el 30 de abril de 1994 un total de 295.57 semanas (arch. 15.1*)*; ***iii)*** el 19 de abril de 1994 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Protección SA, con fecha de efectividad desde el 1° de mayo de esa anualidad (pág. 20 arch. 1, págs. 45, 51, 74 arch. 13), administradora en la que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1484.43 semanas conforme reporte del estado de cuenta del 21 de octubre de 2021 y las historias laborales consolidadas a 1° de agosto de 2019 y a 27 de octubre de 2021 emitidos por Protección SA (págs. 33-49 arch. 1, págs. 55-71, 76-119 arch. 13 *ídem).*

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El art. 13 de la Ley 100 de 1993, en su lit. b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el art. 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inc. 1° del art. 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inc. 7.º del art. 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera *'preimpresa'* en el formulario de vinculación, norma que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

> Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.
>
> La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.
>
> La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
>
> Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.
>
> Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.
>
> Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.
>
> En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.
>
> No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña."

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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".

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

"(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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.

(…) 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."

En esta providencia, también se dijo:

"(…) 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."

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin

importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, o si se encontraba en la prohibición de traslado, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó el 19 de abril de 1994 al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **Protección SA**, AFP a la que se encuentra actualmente afiliada, y si bien en el formulario de vinculación n.° 10289 (págs. 20 arch. 1, pág. 45, 51 arch. 13 C01) se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, suficiente y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

> "(…) 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 y 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."

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

> El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.
>
> Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento *«consentimiento»* para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el *«deber de información y buen consejo»* que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.
>
> Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las

> sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

> De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021, precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

> Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Protección SA, que hubiere suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 19 de abril de 1994 con su afiliación a la AFP Protección SA, efectiva desde el 1° de mayo de esa anualidad (pág. 20 arch. 1, págs. 45, 51, 74 arch. 13 C01).

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas

deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ sentencias SL1022-2022, SL1017-2022, SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente, como lo ordenó el *a quo*, por lo que se **confirmará** la decisión, precisando que, salvo los aportes y sus rendimientos, los demás conceptos cuya devolución fue ordenada, serán con cargo a los recursos de la AFP.

Respecto de la excepción de **prescripción**, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado 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»*[1]*,* por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Finalmente, en torno a los **perjuicios** que reclama Colpensiones a cargo de la AFP Protección SA, que se hubieran generado con la falta al deber legal de información en que incurrió dicho fondo, se advierte que tal situación no hizo parte del objeto de este litigio ni del debate probatorio, razón por la cual no es posible emitir una decisión de fondo respecto al particular, sin que ello obste para que, de considerarlo pertinente y procedente, la entidad inicie las acciones respectivas, y acredite los perjuicios a los que hace referencia, mediando el trámite adecuado, con observancia de las garantías legales y constitucionales, en particular, del debido proceso, derechos de defensa y contradicción.

[1] CSJ SL1688-2019.

En los anteriores términos queda estudiada la apelación y surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: PRECISAR respecto al numeral **segundo** de la sentencia proferida el 25 de agosto de 2022, por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá DC, que la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA**, deberá devolver debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, lo descontado de los aportes por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente detallado, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

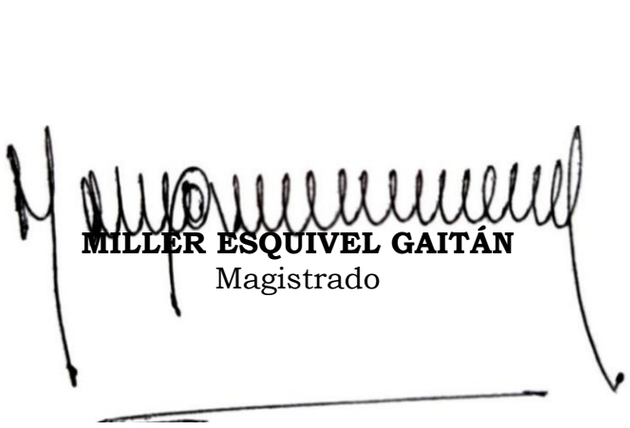
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, acorde con la motivación expuesta.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

CUARTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/ElHu5oqTjBlAms77H9Z5_O0BPLVkz1mJdVH1MDFzSeEs1g?e=sJSqWs

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **87fadb2903517b01d6c42fe608bb49e835c333174cc6517cfdd0d364daa1f4a3**
Documento generado en 25/04/2023 12:41:49 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN.	11001 31 05 **023 2021 00297** 01
DEMANDANTE:	HUGO ALEJANDRO MURCIA
DEMANDADA:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

Bogotá DC, veintiuno (21) de abril de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 22 de febrero de 2022, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se condene a la demandada a reliquidar su mesada pensional a partir del 1° de julio de 2020 para aplicar un 80% como tasa de reemplazo al IBL obtenido de las cotizaciones de los últimos 10 años de conformidad con lo dispuesto en la Ley 797 de 2003; en consecuencia, pague las diferencias respectivas entre los valores reconocidos y los resultantes de la nueva liquidación, más los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993 a partir de la misma data (pág. 2 arch. 1 C01).

Como sustento relevante de sus pretensiones, manifestó que nació el 18 de mayo de 1958 por lo que cumplió 62 años de edad en el año 2020; acreditó un total de 2384 semanas cotizadas entre el 26 de marzo de 1973 y el 30 de junio de 2020; solicitó el reconocimiento pensional, a lo cual accedió la demandada mediante Resolución SUB 122523 de 2020, mediante la cual le otorgó la pensión

de vejez conforme la Ley 797 de 2003 en cuantía de $4.892.999 a partir del 1° de julio de 2020; el 21 de septiembre siguiente solicitó la reliquidación de la prestación por considerar que el porcentaje asignado no corresponde con el establecido en el art. 34 de la Ley 100 de 1993 teniendo en cuenta el número de semanas cotizadas en toda su vida laboral, así que Colpensiones accedió a través de Resolución SUB 11533 de 2021 para reliquidar la prestación en $4.972.798 tras aplicar una tasa de reemplazo del 76.87%, por lo que apeló la decisión, que fue confirmada en Resolución DPE 2798 de 2021 en donde se suma un 15% al 61.88% inicial por haber tenido 1075 semanas adicionales a las 1300 exigidas por la normativa (págs. 2,3 arch. 1 *ídem*).

II.TRÁMITE PROCESAL

Se admitió la demanda mediante auto del 17 de agosto de 2021, corregido el 25 de agosto siguiente y ordenó la notificación y traslado a la demandada (archs. 3, 5 *ídem*), quien se opuso a lo pretendido con el argumento de que la entidad reliquidó la prestación en forma correcta y teniendo en cuenta que la fórmula correspondiente es decreciente en función del nivel de ingresos de cotización. Propuso como excepciones de mérito las denominadas inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, improcedencia de condena en costas, no configuración de intereses moratorios y compensación (págs.. 1-17 archs. 7, 9 C01).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (archs. 6, 8 C01).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 22 de febrero de 2022, absolvió a la demandada e impuso costas a cargo del demandante tras considerar que no es viable aumentar la tasa de reemplazo fijada por Colpensiones en 76.87% dado que el IBL debe dividirse en salarios mínimos vigentes en el año de reconocimiento de la prestación, es decir, del año 2020, por tanto, teniendo en cuenta este último valor, se obtienen 7.25 veces el SMLMV del año 2020 y aplicando la fórmula del art. 34 de la Ley 100 de 1993 se obtiene el número 3.62, lo que arroja una tasa primigenia del 61.88% que, efectuadas las operaciones aritméticas para adicionar los porcentajes correspondientes, solo se puede incrementar un 15% lo que proyecta

efectivamente el reseñado monto que fue el establecido por la demandada en la resolución de reconocimiento pensional, de ahí que no pueda aplicarse el máximo del 80% (archs. 11, 13 C01).

IV. RECURSO

El demandante apeló con el argumentó de que aun cuando la fórmula establecida en el art. 34 de la Ley 100 de 1993 establece una fórmula decreciente en razón del nivel de ingresos de los afiliados, lo cierto es que allí se establece un tope del 80% en función de las semanas adicionales cotizadas, por tanto debe aumentarse el porcentaje del 61.88% por las cotizaciones efectuadas de más, luego de las primeras 1300, porque tiene más de 2300 semanas en toda su vida laboral, lo cual fue desconocido por el *a quo,* restringiendo los derechos de los pensionados; por tanto solicita se acceda a la reliquidación con base en el principio de favorabilidad junto con los respectivos intereses moratorios.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 13 de mayo de 2022 se admitió el recurso de apelación interpuesto; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, quienes presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la demanda, su contestación y el recurso (archs. 4, 5-9 C02).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 66A del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si al demandante le asiste el derecho a que el monto de su mesada pensional sea aumentado del 76.87% al 80% teniendo en cuenta la cantidad de semanas cotizadas al subsistema general de pensiones.

Monto de la prestación por vejez – art. 34 Ley 100 de 1993.- En el presente caso, se encuentra probado y no es objeto de discusión que: ***i***) el demandante nació el 18 de mayo de 1958 cumplió 62 años en el año 2020 (pág. 7 arch. 1, págs. 163, 168, 180, 254 arch. 7 C01); ***ii)*** cotizó al régimen de prima

media con prestación definida entre el 26 de marzo de 1973 y el 30 de junio de 2020 un total de 2384.43 semanas, conforme da cuenta el reporte expedido por Colpensiones el 15 de septiembre de 2021 (págs.. 8-22 arch 1, págs. 61-75, 138-152 arch. 7)); ***iii)*** mediante Resolución SUB 122523 de 2020, Colpensiones le reconoció la pensión de vejez conforme los arts. 9° y 10 de la Ley 797 de 2003 y 21 de la Ley 100 de 1993 a partir del 1° de julio de 2020 en cuantía inicial de $4.892.999, obtenida de un IBL de $6.365.291 al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 76.87% teniendo en cuenta 2374 semanas a 30 de abril de 2020, sin embargo, con ocasión a la solicitud de reliquidación de la prestación que elevó el actor, la entidad a través de Resolución SUB 11533 de 2021 reliquidó la pensión para fijar como primera mesada la suma de $4.894.005 a partir de la misma fecha tras contabilizar 2382 semanas en total a 30 de junio de 2020 sin aumentar el monto porcentual señalado, aplicado al nuevo IBL de *$6.366.599*, decisión confirmada en Resolución DPE 2798 de 2021 (págs. 26-39, 43-52, 56-66 arch. 1, págs. 199-212, 216-225, 229-239, 315-352 arch. 7).

En este último acto administrativo, se observa que aun cuando Colpensiones registró con detalle 2384 semanas de cotización a 30 de junio de 2020, señaló que solo era viable tener en cuenta 2375 semanas en la actualización de la historia laboral del actor y que además solo era posible adicionarle al porcentaje inicial del 61.88%, el máximo del 15% por las 1075 semanas adicionales a la densidad mínima requerida (1300 semanas), lo que da lugar a un monto total de 76.87%.

Así las cosas, procede la Sala a verificar si el monto porcentual aplicado por Colpensiones se encuentra ajustado en derecho, y para ello se tiene en cuenta que el IBL más favorable liquidado por la entidad con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el demandante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión tampoco fue objeto de discusión, esto es $6.366.599, por lo que sobre esta suma se aplicará la formula establecida en el art. 34 de la Ley 100 de 1993, con la advertencia de que contiene dos elementos estructurales para establecer el monto de la pensión de vejez: ***i)*** una fórmula decreciente para calcular la tasa de reemplazo; y ***ii)*** un incremento de esa tasa de reemplazo por semanas de cotización adicionales a las mínimas, hasta llegar a un monto máximo de pensión entre el 80% y el 70.5% del IBL, en forma decreciente en función del nivel de ingresos, calculado con base en la misma fórmula; es decir, la tasa de reemplazo pende del nivel de ingresos del afiliado y del monto máximo del número de semanas cotizadas:

r = 65.50 - 0.50 s

Donde 'r' corresponde a la tasa de reemplazo, 's' equivale al ingreso base de liquidación, dividido por el valor de salario mínimo legal mensual vigente para la fecha de reconocimiento de la pensión de vejez, esto es el año 2020, que equivale a $877.803; es decir, a mayor ingreso base de liquidación menor será la tasa de reemplazo y, por el contrario, a menor ingreso, mayor será la tasa indicada (CSJ SL3501-2022). De acuerdo con lo expuesto, para hallar 's' es necesario efectuar la siguiente operación:

s= IBL/SMLMV
s= $ 6.366.599/ $877.803
Así las cosas, el valor de 's' equivale en este caso a 7,25288.

Continuando con el desarrollo de la formula señalada en la norma en cita (r = 65.50 - 0.50 s), para lo cual debemos en primer lugar, tomar el resultado de 's' y multiplicarlo por 0.5 y, en segundo lugar, procederemos a reemplazar la formula.

7,25288 X 0.5= 3.62644
r = 65.50 – 3.62
r = 61.87356

Ahora bien, contempla la norma objeto de estudio que a partir del año 2005, por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas (1300), 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, sin que en ningún caso el valor total de la pensión pueda ser superior al 80% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima. Como el demandante cuenta con 1084.43 semanas adicionales a las 1300 mínimas requeridas, solo respecto de 1050 semanas tiene 21 puntos sobre los cuales aplicar el 1.5% de porcentaje adicional, para un total de 31.50%, por lo que válidamente podemos efectuar la siguiente formulación:

Semanas adicionales = 2350 - 1300 = 1050
1050/50 = 21 x 1.5%= 31.50 %).

En consecuencia, al porcentaje del ingreso base de liquidación inicial igual al 61,87356%, se le incrementaría en un 31,50%, por las 1050 semanas que se pueden tener como adicionales a la densidad mínima requerida (1300 semanas), debido a que cotizó en total 2384.43 semanas, sumando así 93,37356%; sin embargo, en atención a lo dispuesto en el inc. final del art. 34 de la Ley 100 de 1993 la tasa de reemplazo en este caso corresponde realmente al máximo legal permitido, esto es, al 80% del ingreso base de liquidación, con lo que se obtiene una mesada pensional inicial equivalente a $5.093.279, actualizada al 2020, suma que estará sujeta a los reajustes anuales dispuestos para el efecto.

En este punto es necesario precisar que, no resulta válida la interpretación del art. 10° de la Ley 797 de 2003 que efectuó Colpensiones en la Resolución DPE 2798 de 2021 y el *a quo* en su sentencia, relacionada con que el máximo porcentaje que se puede agregar con las semanas adicionales es el 15% (65% - 80%) para tener en cuenta «*hasta 1800 semanas*» para obtener la tasa de reemplazo, pues con la fórmula lo que se pretende es desincentivar el aumento injustificado del ingreso base de cotización, pero de ningún modo limitar el número de semanas necesario para alcanzar el monto máximo de la pensión establecido por la misma norma, como parecieran entenderlo en forma equivocada; conforme lo ha adoctrinado nuestro máximo Órgano de Cierre, no existe razón lógica alguna, que permita la exclusión de las semanas posteriores a las primeras 500 adicionales a las mínimas necesarias para alcanzar el monto máximo de la pensión, lo que vulneraría el derecho fundamental al trabajo, en la medida en que las cotizaciones se encuentran atadas a la actividad laboral desarrollada por el afiliado, bien sea como trabajador dependiente o como independiente, de suerte que, el monto máximo es directamente proporcional al número de cotizaciones adicionales a las mínimas requeridas.

Así las cosas, los afiliados que obtienen una tasa de reemplazo inicial inferior al 65%, como es el caso del demandante (61.88%) pueden incrementar el porcentaje con semanas adicionales a las mínimas requeridas, hasta llegar al monto máximo del 80% del ingreso base de liquidación, de lo contrario, la norma no surtiría ningún efecto, ya que en este caso, con sólo 500 semanas adicionales no se alcanza el monto del 80% del ingreso base de liquidación, que es el máximo que permite la disposición (CSJ SL3501-2022).

En consecuencia, es procedente condenar a Colpensiones a reliquidar la pensión de vejez del demandante a partir del 1° de julio de 2020, teniendo como

primera mesada pensional la suma ya indicada, que debe ser reajustada anualmente a razón de 13 mesadas anuales, obteniendo para el año 2023 como mesada la suma de $6.183.288; por ende, las diferencias que se encuentran en favor del actor y a cargo de la demandada a la fecha ascienden a $7.533.161:

Retroactivo desde el 1° de julio de 2020 a marzo de 2023						
AÑO	***REAJUSTE***	***MESADA PAGADA***	***MESADA A PAGAR***	***DIFERENCIAS POR MES***	***MESADAS***	***SUBTOTAL***
2020	*3,80%*	*$ 4.894.005*	*$ 5.093.279*	*$ 199.274*	*7*	*$ 1.394.919*
2021	*1,61%*	*$ 4.972.798*	*$ 5.175.281*	*$ 202.483*	*13*	*$ 2.632.273*
2022	*5,62%*	*$ 5.252.270*	*$ 5.466.132*	*$ 213.862*	*13*	*$ 2.780.206*
2023	*13,12%*	*$ 5.941.368*	*$ 6.183.288*	*$ 241.921*	*3*	*$ 725.762*
					TOTAL	*$ 7.533.161*

Son estas las razones que llevan a **revocar** la sentencia de primera instancia, para en su lugar acceder a las pretensiones del demandante.

Intereses moratorios.- Frente a lo que tiene que ver con los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993 ha de indicarse que deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de las mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe de la entidad que deba asumir el pago de la prestación pensional, o de las circunstancias que hayan rodeado la solicitud del derecho pensional en sede administrativa, como quiera que lo que se busca con dicho rédito es el resarcimiento económico para aminorar los efectos adversos causados por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, debido a su carácter resarcitorio y no sancionatorio. Sin embargo, existen situaciones que exoneran de la imposición de los intereses moratorios, siempre que existan razones atendibles que estén amparadas por el ordenamiento jurídico vigente, o por la aplicación de reglas jurisprudenciales o cuando se concede la prestación con fundamento en cambios jurisprudenciales.

Empero, ninguna de estas situaciones acaecen en el presente proceso para liberar a la demandada de los réditos deprecados, debido a que la negativa del aumento del porcentaje establecido como tasa de reemplazo solicitado por el demandante el 21 de septiembre de 2020 (págs. 40, 41 arch. 1), devino de una interpretación inadecuada de las disposiciones del art. 34 de la Ley 100 de 1993 y su modificación introducida por la Ley 797 de 2003, como se establece de la Resolución DPE 2798 de 2021, con advertencia de que en criterio vigente de la jurisprudencia ordinaria laboral, estos réditos proceden igualmente respecto de las diferencias pensionales no pagadas oportunamente por la entidad (CSJ SL3130-2020).

Así las cosas, considera la Sala que los réditos son procedentes sobre cada una de las diferencias que hacen parte del retroactivo pensional, calculados a partir del 22 de enero de 2021, teniendo en cuenta el tiempo con que contaba la entidad para resolver la mencionada solicitud en la que además de pretender el aumento de la tasa de reemplazo, tuvo como objeto el reconocimiento de los intereses moratorios (par. 1° del art. 9° de la Ley 797 de 2003).

Finalmente ha de advertirse que ninguna de las diferencias que hacen parte del retroactivo ni los intereses moratorios se encuentran afectados del fenómeno extintivo de la prescripción, como quiera que la demanda se interpuso dentro del término trienal de que trata el art. 151 del CPTSS (1° de junio de 2021 – arch. 2), luego de haberse causado.

Del retroactivo por diferencias pensionales, se autorizará a Colpensiones a descontar lo correspondiente por aportes en salud y los redireccione a la EPS a la cual se encuentra afiliado el demandante.

En estos términos queda resuelta la apelación. Sin costas en la alzada ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 22 de febrero de 2022, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar **CONDENAR** a la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** a reliquidar la pensión de vejez del demandante **Hugo Alejandro Murcia**, a partir del 1° de julio de 2020 aplicando el 80% como tasa de reemplazo al IBL de $6.366.599 liquidado por la entidad con base en el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años anteriores al reconocimiento pensional, de conformidad con los arts. 21, 33 y 34 de la Ley 100 de 1993 con las respectivas modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, para fijar como cuantía inicial el valor de $ 5.093.279, que deberá ser reajustado anualmente a razón de 13 mesadas anuales, por las razones expuestas en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se **condena** a Colpensiones a pagar en favor del demandante de las diferencias causadas entre lo pagado desde el 1° de julio de 2020 y lo que ha debido pagarse desde la misma fecha, que ascienden a $7.533.161 a 31 de marzo de 2023, sin perjuicio de las que en adelante se sigan causando, suma de la que se autoriza a Colpensiones descontar lo atinente a los aportes a salud con destino a la EPS a la cual se encuentra afiliado el demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Condenar a Colpensiones a pagar los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 22 de enero de 2021, que deberán ser liquidados sobre cada una de las diferencias pensionales causadas, hasta el momento de su pago efectivo, conforme lo expuesto en las consideraciones anteriores.

CUARTO: Sin costas en la alzada ante su no causación.

QUINTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Es3MLGqPp9VIsdo2bzoiGSsBr1hphQyAn8XX5w2OFLQfgQ?e=QH461n

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **221d4d7b8b574bb18b2c9a84b6e626d2ec639f5024004d2279f039b0a912f9b6**

Documento generado en 25/04/2023 12:41:59 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica