



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 **007 2018 00547 01**
DEMANDANTE: GABRIEL ANDRÉS TORRES LONDOÑO
DEMANDADO: CORPORACIÓN CENTRO DE INVESTIGACIÓN EN PALMA
DE ACEITE - CENIPALMA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo 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 la parte demandante contra la sentencia proferida el 23 de marzo de 2022, por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare que entre él y la demandada existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido vigente del 26 de marzo de 2007 al 28 de octubre de 2016, el cual feneció de manera unilateral y con justa causa imputable al empleador, que fue ascendido al cargo de líder de fitopatología adscrito al programa de plagas y enfermedades, sin que se hubiera dado el aumento del salario, el cual era inferior al de los demás líderes de los programas de Agronomía y Procesamiento y Biología y Mejoramiento, quienes tenían el mismo cargo, funciones, jornada de trabajo, condiciones de eficiencia, responsabilidad, intensidad y calidad de trabajo que él.

En consecuencia, que se condene al reconocimiento y pago de la indemnización por despido indirecto prevista en el art. 64 del CST, las

diferencias salariales desde octubre de 2014 hasta el 28 de octubre de 2016, de manera indexada; la reliquidación de la prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, descanso remunerado por vacaciones, aportes al sistema general en seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales, Caja de Compensación Familia, SENA e ICBF; junto con la indemnización moratoria prevista en el art. 65 del CST y la indexación.

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, el demandante expuso que existió una relación laboral con la demandada regida por un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 26 de marzo de 2007 y feneció el 28 de octubre de 2016; que el cargo desempeñado inicialmente era el de auxiliar de investigación de Fitopatología; que el horario de trabajo asignado era de lunes a viernes de 8:00 am a 05:00 pm; que en octubre de 2014, comenzó a desempeñar el cargo de líder de Fitopatología adscrito al programa de Plagas y Enfermedades; que el 19 de enero de 2015, fue designado oficialmente como Coordinador del Programa de Plagas y Enfermedades; que el 12 de marzo de 2015, reasumió el cargo de líder en el mismo programa; que la demandada lo ascendió sin aumentar su salario, el cual correspondió a \$3.518.000 de octubre a diciembre de 2014, \$3.664.000 de enero a diciembre de 2015, \$10.730.000 de enero a junio de 2016, y, \$10.730.000 de julio a octubre de 2016; que el cargo de Líder lo desempeñó en las mismas condiciones eficiencia, responsabilidad, intensidad, calidad de trabajo de quienes ocupaban los cargos de Líder de Entomología adscrito al programa de Plagas y Enfermedades, Líder de Biología y Mejoramiento, Líder de Agronomía y Líder de procesamiento, quienes devengaban un suma superior; y, que presentó renuncia motivada mediante comunicación del 28 de octubre de 2016 (págs. 3 a 20, arch. 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 26 de septiembre de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (pág. 136, arch. 1).

La **Corporación Centro de Investigación en Palma de Aceite - Cenipalma** dio respuesta sin oposición a las pretensiones relacionadas con la existencia del contrato de trabajo y el cargo desempeñado por el actor del 26 de marzo de 2007 al 8 de septiembre de 2010; y se opuso a las demás, con

fundamento en que el gestor nunca ocupó el cargo de Líder de Fitopatología, pues desde el 1º de octubre de 2014 hasta el 30 de junio de 2016 se desempeñó como asistente de investigación I, adscrito al programa de investigación de plagas y enfermedades; aunado a que no desarrollaba las funciones aludidas en el escrito inicial. Agregó que el 16 de enero de 2015, mediante memorando 2015520000050J, se le encargaron de manera provisional, desde el 19 de enero hasta el 30 de marzo de ese año, las funciones de Coordinación del Programa de Plagas y Enfermedades, con motivo de la incapacidad médica del titular, a raíz de lo cual, se le reconoció un bono por mera liberalidad por valor de \$2.198.400; y, que el último salario del actor ascendió a \$10.730.000, por su cargo de Investigador Postdoctoral, ascenso que se dio al cumplir con los requerimientos del escalafón (Grado PhD) y disponerse de recursos en el presupuesto y aprobación del Comité Directivo de Investigación y Extensión.

Expuso que el demandante ostentaba en el año 2014, un título profesional de Ingeniero Agrónomo desde el 2007 y una experiencia en investigación desde ese mismo año, mientras que Alex Enrique Bustillo Pardey, Líder de Entomología, cargo que hace parte del nivel de escalafón titular, es PhD desde 1983 y cuenta con experiencia en investigación desde 1968; y, en el caso de los demás líderes, aquellos desarrollaban sus actividades cumpliendo con las responsabilidades de investigador asociado, investigador titular y coordinador del programa y su salario correspondía a la escala salarial de estos cargos de escalafón. Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia de las obligaciones reclamadas, falta de causa, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción y compensación (págs. 153 a 186, arch. 1).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 7º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 23 de marzo de 2022, declaró probadas las excepciones de mérito denominadas inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Para lo que interesa a la alzada, el juez de primer grado señaló que de acuerdo con el criterio sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte

Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL68341-2021, en la que estableció que para que proceda la nivelación salarial, fundada en la aplicación del principio de igualdad retributiva, no basta con demostrar que un trabajador se desempeñó formalmente en el mismo de otro, sino que se torna necesario probar al reclamante que dos trabajadores realizaron un trabajo de igual valor, en la misma jornada y con las mismas condiciones de eficiencia y efectividad, caso en el cual, el empleador debe acreditar los factores objetivos de la diferenciación.

De ese modo, sobre el caso concreto señaló que el demandante no se compara puntualmente con otro trabajador, sino con varios líderes, sin establecer la especificidad de las funciones exactamente iguales, para aseverar la desigualdad, y aunque en el proceso probó haber adquirido competencias que lo hicieron merecedor de un ascenso, esa situación pudo ser constatada por el empleador solo hasta junio o julio de 2016 con la culminación de los estudios doctorales.

Adicionalmente, expresó que el demandante tampoco probó que en realidad fungió como líder de Fitopatología, para que generara la desigualdad pregonada, pues únicamente se acreditó que estuvo encargado por algún tiempo por la incapacidad del titular, y que por ello, se le pagó una bonificación adicional a su salario, y que antes de sus estudios en el exterior, ocupó los cargos de investigador auxiliar, asistente de investigación e investigador doctoral. También estimó que sí se pudo determinar que el actor no fue nombrado líder y que el salario como investigador posdoctoral obedeció al escalafón que oscila entre el 80% y el 120%, dependiendo de la productividad y publicaciones constantes en investigación. Adicionalmente, se verificaba que para ocupar el cargo de líder o investigador titular, de acuerdo con el escalafón, se requería tener títulos académicos de maestría o doctorado, buen conocimiento y manejo del inglés, 8 años de experiencia en investigación después de la maestría y 2 años de experiencia en administración de la investigación o 5 años de experiencia en investigación después de la finalización de los estudios de doctorado y un año de experiencia en administración de la investigación, condiciones que no eran reunidas por el gestor; sumado a que los ascensos de cargo no eran automáticos sino discrecionales del empleador y esa situación estaba plenamente reglada y apoyada en criterios de formación académica o educativa, capacitación,

eficiencia y productividad.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** expuso que la nivelación salarial no se solicitó por el hecho de haber cursado estudios doctorales o por cumplir con unas condiciones impuestas unilateralmente por el empleador, pues evidentemente no existió un nombramiento oficial en el cargo indicado en la demanda, sino que la misma se deriva de las funciones que fueron desempeñadas, las cuales eran inherentes y propias al cargo de líder de Fitopatología, eran equiparables y hacían parte del mismo nivel jerárquico de las ejercidas por sus compañeros que fueron contratados como líderes de Entomología (Alex Bustillo), Fisiología y Biología Molecular (Carmenza Montoya y Rodrigo Ruíz) y Fitomejoramiento (Iván Ayala) y se ejecutaron bajo las mismas condiciones de eficiencia, responsabilidad y en la misma jornada de trabajo, lo que se demuestra con el cuadro comparativo incorporado en la demanda.

Respecto de Iván Ayala y Alex Bustillo, dijo que se cumplían las mismas funciones de autorizar vinculación o retiro de personal de área, dar visto bueno de incrementos salariales, ascensos de personas, participar en reuniones de seguimiento personal, participar en reuniones de seguimiento en las diferentes zonas donde presentan investigaciones del área, participar en los comités de manejo de los campos experimental, asistir a congresos palmeros, ejecutar investigación, formular proyectos de investigación, buscar fuentes de financiación externa, buscar aliados de investigación, acudir a reuniones de carácter gremial y administrativas, hacer informes trimestrales, semestrales y anuales del área y de ISO Tools.

Dijo que como prueba de ello era menester remitirse al documento radicado ante el juzgado el 25 de febrero de 2020, que reposa a folio 9; al memorando del 16 de enero de 2015 en el que se informó que estaría encargado de la coordinación del programa de investigación de plagas y enfermedades de la Palma; a los correos del 28 de abril, 28 de julio y 11 de agosto de 2015, el primero en el que se refiere que figuraba como interventor y coordinador de plagas y enfermedades, el segundo a una jornada de capacitación para los líderes y el tercero al ingreso de una persona a la compañía; al llamado de atención del 16 de octubre de 2015, en el que se

reprochó la conducta de un empleado a su cargo; y, el correo del 14 de enero de 2016, en el que se mencionó por parte del coordinador del programa de plagas y enfermedades, que él se iba a desempeñar como líder de Fitopatología. Documentales, que estima el apelante, junto con la declaración de Hernán, dan cuenta de que las funciones anotadas se desempeñaron por un tiempo superior al que duró el encargo en el que fue designado.

Sostuvo que además debía tenerse en cuenta el dicho del deponente Santiago Franco Jaramillo, quien empezó a trabajar en la demandada como auxiliar de investigación en septiembre de 2015, refirió que el actor gestionaba las reuniones del grupo de las cuatro zonas del área del país, que cuando él tenía que hacer una salida de campo o una autorización, era aquel a quien acudía y quien daba el visto bueno, que además, asistía a las reuniones de Palma en diferentes zonas del país, que era a quien acudía para resolver cualquier inquietud sobre temas de investigación de todos los grupos, que era el líder, porque hacía sus procesos y era quien tenía conocimiento del tema. Indicó que el actor daba la última palabra en su especialidad, que Cenipalma siempre lo reconoció como líder de Fitopatología porque era quien asistía a otras zonas del país y presentaba los proyectos e informes a la empresa, que era quien daba el visto bueno para contactos con investigadores del extranjero y era quien siempre estaba incluido en las publicaciones científicas. Explicó cómo era el organigrama de Cenipalma y en donde se ubicaba el demandante en el área de Fitopatología que lo conocía como líder de esa área; que en la empresa había otros líderes y dijo quiénes eran algunos de ellos y que en la empresa se les conocía como líderes, refiriéndose al demandante. Que además narró que el demandante tenía a cargo todos los del Grupo de Fitopatología, que representaba al Grupo, que era quien proponía las acciones a tomar en la empresa, era el encargado de aspectos como presupuesto y compras del área, al menos en la zona oriental y le constaba que sus funciones eran a nivel nacional.

En igual sentido, pidió que se imprimiera valor probatorio al dicho de Diana Carolina Ávila Garavito, del que se desprende que el gestor materialmente cumplía las funciones de líder, en la medida que tenía a su cargo el grupo de trabajo de fitopatología, era el encargado de ejecutar asuntos administrativos, representar al Grupo de Fitopatología en las reuniones periódicas, en general, liderar las investigaciones en esta especialidad, etc.,

pues dijo que antes del fallecimiento del Dr. Gerardo Martínez el demandante cumplía funciones de líder, tanto que en diciembre de 2014, ante la ausencia del primero en la reunión anual, el gestor lo reemplazó, y que este además, desempeñaba funciones de seguimiento a proyectos, de planificación de proyectos, de liderar giras de campo, de giras sanitarias, y viajaba a representar el programa de plagas y enfermedades, además en su sentir, tenía el aval de la Corporación porque asistía a las zonas y reuniones a las que normalmente acudía el Dr. Gerardo Martínez; además, cuando ella llevó a cabo una investigación sobre insectos, fue el líder de Entomología y el demandante desde el área de Fitopatología los que la dirigieron. Que igualmente, refirió que el actor tenía un poco más de carga que los otros líderes y que desempeñaba una parte administrativa que es propia de esos cargos, como manejar personal.

Y refirió, que por el contrario a la testigo Luz Dary Lara Lombana no le constan directamente las funciones que desarrollaba el actor, pues no lo conoció personalmente y su dicho se basa en los documentos que reposan en la compañía y que además de su versión se deriva que la empresa tenía un criterio subjetivo, que no estaba relacionado con las funciones de la persona para formalizar los ascensos, como es el grado de estudios; que el escalafón en el que se fundó la negativa del ascenso no reposa en el expediente; que el equipo de Fitopatología no podía carecer de líder y que nadie ocupó el mismo del 1º de octubre de 2014 al 28 de octubre de 2016.

Sobre el declarante Hernán Mauricio Romero Angulo, dijo que se debe tener en cuenta, que a pesar de que informó que en el año 2010 fue coordinador del área de biología de mejoramiento, y tuvo contacto directo con el actor desde el 2009, cuando pasó a ser parte del área de Fitopatología, en la dirección de Biología del área de Sanidad, cuando enfermó el Dr. Gerardo Martínez, el gestor fue encargado como coordinador y cuando el coordinador falleció se nombró a Alex Bustillo, lo cierto es que su versión debe ser desestimada, ya que expuso que el cargo de líder de Fitopatología estuvo vacante de 2014 a 2016, a pesar de que la Directora de Desarrollo Humano mencionó que los grupos no podían estar “*a rueda suelta*”, además, su dicho se contrapone a lo acreditado con las documentales.

En cuanto al interrogatorio de parte practicado al representante legal de la demandada, que se derivaba que el gestor cumplía las funciones de líder de Fitopatología, pues estaba a cargo del grupo del trabajo de esta especialidad y ejecutó funciones de coordinador cuando el doctor Martínez falleció; y confesó que la diferencia salarial estaba dada por los títulos académicos establecidos en el escalafón y no por las funciones desarrolladas.

Agregó que también se probó que el gestor tenía la misma jornada de trabajo que los demás líderes, debido a que era un empleado de manejo y confianza, y estaba excluido de la jornada máxima legal. Sobre las condiciones de eficiencia, puso de presente lo expuesto en las sentencias SL4825-2020 y anotó que debido a que en la empresa existe un escalafón, no es indispensable demostrar la igualdad sobre ese tópico para que se decrete la nivelación de salarios, sin embargo, en este caso, esa situación se acreditó con la evaluación hecha por el Director Ejecutivo de la demandada que reposa a folio 134, la cual es superior a 4.5.

Finalmente, respecto de la liquidación de diferencias salariales, aludió que en el expediente reposan los desprendibles de nómina de los líderes Alex Enrique Bustillo Pardey, Iván Mauricio Ayala y Jorge Luis Torres, en el período de octubre de 2014 de octubre de 2016, por lo que la demandada debe ser condenada al pago de todas las pretensiones incoadas en la demanda.

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 por la parte demandante; 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).

Las partes presentaron alegatos de conclusión, el demandante reiterando los argumentos expuestos en el recurso y la demandada los invocados en el escrito de contradicción (arch. 5, 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 artículo 66A del CPTSS, así como acorde con lo pretendido, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar, en primera medida, si se acreditó la procedencia de la nivelación salarial pretendida en la demanda; y en caso afirmativo, si como consecuencia de ello hay lugar a acceder a los reajustes salariales y prestacionales y demás pretensiones de la demanda.

En primera medida, encuentra la Sala que no es materia de debate que el gestor permaneció vinculado a la empresa demandada desde el 26 de marzo de 2007 hasta el 30 de junio de 2016.

Para resolver, es menester recordar que para haya lugar a la aplicación de la garantía consagrada en el artículo 143 del CST, que se sustenta a su vez en el artículo 13 de la CN, según la cual, a trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, sin que puedan establecerse diferencias por razones de edad, género, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales, también es menester recurrir a los presupuestos de comparación y diferenciación que son admitidos, según lo normado en el art. 5º de la Ley 6ª de 1945, el cual reseña *“La diferencia de salarios para trabajadores dependientes de una misma empresa en una misma región económica y por trabajos equivalentes, solo podrá fundarse en razones de capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor, de cargas familiares o de rendimiento en la obra”*.

Debe advertirse en primera medida, que contrario a lo sostenido en la alzada, se logra constatar con el escrito introductorio que la pretensión de nivelación salarial no se fundó en el supuesto de hecho concerniente a que el gestor a pesar de haber desempeñado un cargo y recibido la remuneración asignada al mismo, aspiraba al reconocimiento de otro cargo de superior categoría, pero por la realización de funciones iguales a la fijadas para en el último, pues de acuerdo con los hechos de la demanda, particularmente los enunciados en los numerales sexto al décimo quinto, se advierte que la teoría del caso planteada se basó en la desigualdad en el pago del salario establecido para un mismo cargo, ya que entre otras cosas se indicó *“En octubre de 2014,*

el señor GABRIEL ANDRÉS TORRES LONDOÑO comenzó a desempeñar el cargo de líder de Fitopatología” y “La CORPORACIÓN CENTRO DE INVESTIGACIÓN EN PALMA DE ACEITE – CENIPALMA, ascendió al señor GABRIEL ANDRÉS TORRES LONDOÑO, al cargo de líder de Fitopatología, cambiando así su cargo, funciones y responsabilidades, pero sin aumentar su salario”.

De esa manera, se tiene entonces, que no se rebate en la alzada la conclusión a la que arribó el *a quo* atinente a que el demandante no probó que en realidad ostento el cargo y fungió como líder de Fitopatología, para que se generara la desigualdad pregonada, toda vez que únicamente se acreditó que estuvo encargado de la referida área, por algún tiempo, por la incapacidad del titular, que por ello se le pagó una bonificación adicional a su salario, y que antes de sus estudios en el exterior, ocupó los cargos de Investigador Auxiliar, Asistente de Investigación I e Investigador Postdoctoral, por lo que con ello queda sin sustento la nivelación pretendida en los términos en los que se planteó en la demanda, en la medida en que como se explicó, la misma se cimentó en el hecho relativo a que el gestor a pesar de haber sido designado como Líder de Fitopatología no era remunerado de manera igual a los líderes de Entomología, de Biología y Mejoramiento, Agronomía y de procesamiento, situación sobre la que se ejerció el derecho de defensa por la demandada, se desarrolló el debate probatorio y se profirió el fallo de primera instancia.

En todo caso, de admitirse el planteamiento que hace el convocante en el recurso, estima esta Corporación que la conclusión no sería distinta, respecto de la absolución dispuesta en primera instancia, porque para colegir el trato discriminatorio que da paso a la nivelación salarial, la comparación no podría limitarse exclusivamente al criterio atinente a que el demandante pese a ostentar los cargos de Investigador Auxiliar, Asistente de Investigación I e Investigador Postdoctoral, desarrollaba las funciones propias de un Líder de área y por ello debió ser remunerado como tal, ya que ese escenario por sí solo no desconoce los postulados de los artículos 143 del CST y 5º de la Ley 6º de 1945.

Y es que, con las pruebas adosadas, se logra verificar que la sociedad demandada internamente contaba con un Sistema de Gestión de Organización y que mediante Acuerdo n.º 02 de 1997, expedido por la Junta Directiva se estableció un escalafón para los investigadores de la compañía, según el cual,

el investigador titular como líder de un área de investigación, debía cumplir con los requisitos académicos de buen conocimiento y manejo del idioma inglés y contar con maestría o doctorado y con una experiencia en investigación de 8 años después de la maestría y dos años más en administración de investigación o 5 años en investigación después de finalizados los estudios de doctorado y un año de experiencia en administración de la investigación (págs. 190 a 195, arch. 1).

Condiciones objetivas, respecto de las que no se discute su vigencia y a las que al empleador le era dado recurrir, al amparo de las normas reseñadas, para establecer una diferenciación salarial entre sus trabajadores, sin que puedan considerarse como caprichosas, subjetivas, discriminatorias o contrarias al orden legal y constitucional, en la medida en que es la misma ley la que autoriza y permite el empleo de criterios como la capacidad profesional o técnica, la antigüedad y la experiencia en la labor, para ese efecto. De ahí que al no ser materia de debate, que en vigencia de la relación de trabajo, tales criterios no fueron cumplidos ni acreditados por el promotor del proceso ante su empleador, se impone la negación de sus pedimentos.

En consecuencia, habrá de confirmarse en su integridad la sentencia apelada.

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 23 de marzo de 2022, por el Juzgado 7º Laboral del Circuito de Bogotá DC, pero de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva 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 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/Eqn_MFoaJ_pLurFSTjQNoTUBsh1p6I-yELKMmxAlW5VVVw?e=sZK0c1](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eqn_MFoaJ_pLurFSTjQNoTUBsh1p6I-yELKMmxAlW5VVVw?e=sZK0c1)

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: **0bce03b1cbc5f02e34b0dc2127527fa1481b892055dac70472fff2241ad9fff5**

Documento generado en 30/03/2023 10:27:41 AM

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 **007 2019 00632 01**
DEMANDANTE: LUZ MARINA ESPINOSA GRANADOS
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, treinta (30) de marzo 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 27 de abril de 2022, por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la ineficacia y nulidad de la vinculación, afiliación y/o traslado efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 10 de abril de 1997, por medio de la AFP Protección, por indebida, incompleta y engañosa información suministrada, lo que condujo a un error de hecho que vició su consentimiento, así como de la afiliación posterior surtida el 25 de agosto de 2008 con la AFP Horizonte hoy Porvenir SA. En consecuencia, se declare que siempre ha pertenecido al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en calidad de afiliada a Colpensiones y que tiene derecho en un futuro a que ese ente le reconozca y pague una

pensión de vejez superior a \$1.500.000,00; y, se condene a Porvenir SA a devolver a Colpensiones, la totalidad de aportes, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, gastos de administración y demás valores que se hayan descontado de su cuenta de ahorro individual y a la última entidad a actualizar la historia laboral, con todas las cotizaciones efectuadas en el RAIS.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expone que nació el 3 de mayo de 1961; que se afilió al RPM a través del Instituto de Previsión Social – Santander, el 1º de julio de 1990 y el 1º de febrero de 1993, y por medio del ISS desde el 1º de diciembre de 1995; que el 10 de abril de 1997 suscribió formulario de afiliación, con el que se hizo efectivo su traslado al RAIS administrado por Protección SA, quien no suministró en ese momento, el texto del reglamento, así como el respectivo plan pensional, ni le informó sobre las implicaciones del acto celebrado; que el 25 de agosto de 2008, suscribió formulario de afiliación con la AFP Horizonte hoy Porvenir SA, momento en el que tampoco recibió la asesoría debida; y, que presentó distintas peticiones y reclamos ante las demandadas (págs. 2 a 105, arch. 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 23 de enero de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (pág. 165, arch. 1).

Colpensiones se opuso a la totalidad de pretensiones, invocando como medios de defensa las excepciones que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (págs. 165 a 212, arch. 1).

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, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, 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 la prima del 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. 4 a 48, arch. 3).

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. 4 a 48, arch. 4).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio pese a haber sido notificada en debida forma (arch. 5).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 7º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 27 de abril de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizados por la demandante a la AFP Protección el 10 de abril de 1997 y con la AFP horizonte hoy Porvenir el 25 de agosto de 2008. En consecuencia, le ordenó a Protección y Porvenir trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular Luz Marina Espinosa Granados, incluyendo los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, junto con todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, valores que deben ser reintegrados y devueltos debidamente indexados; y, le ordenó a Colpensiones recibir a la demandante sin solución de continuidad, como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, desde su afiliación inicial al ISS.

En síntesis, el juez de primera instancia consideró que conforme a la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la AFP desde su creación estaba obligada a dar información al afiliado previo al traslado, para que tomara una decisión consciente y que debido a que a la demandante no se le informaron las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, resultaba

procedente la solicitud de ineficacia del traslado de régimen, pues además el deber de información a cargo de las administradoras privadas no se suple con la declaración contenida en el formulario, el cual es un contrato de adhesión.

También precisó que con la condena dispuesta, no se desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema, por cuanto los fondos privados tienen la obligación de devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la vinculación de la demandante, debidamente indexados y la demandante acreditó haber realizado sus aportes junto con sus empleadores, por lo que no podría hablarse de descapitalización, más aún cuando no fue probada.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones al sustentar la alzada expuso que sobre la demandante recae la prohibición legal de trasladarse de conformidad con lo previsto en el art. 2º de la Ley 797 de 2003, ya que al momento de solicitar su retorno al RPM contaba con 58 años de edad; que en este asunto no se demostró la configuración de un vicio del consentimiento, como el error, la fuerza o el dolo, y por el contrario en el interrogatorio de parte la gestora admitió que no se ejerció sobre ella ningún tipo de coerción al momento de trasladarse al RAIS.

Sobre el deber de información, sostuvo que el mismo solo se materializó a través de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, por lo cual los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento de la afiliada, quien además no estaba exonerada de concurrir suficientemente ilustrada al momento de escoger régimen pensional, del que dependían sus expectativas económicas, así como tampoco, puede ser sustraída de la aplicación de la ley, a fin de darle un trato desigual, como si su capacidad para celebrar actos y contratos estuviese menguada frente a la definición de la decisión que estaba tomando; y que, las órdenes impuestas afectan la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, y de confirmarse, debe condicionarse la condena a Colpensiones al cumplimiento de lo dispuesto a cargo de los fondos privados.

Porvenir SA inconforme con la decisión, interpuso recurso solicitando se revoque la sentencia y se le absuelva, argumentando que según lo dispuesto

en el art. 11 del Decreto 690 de 1994, el formulario de afiliación es un requisito para la existencia y validez de ese contrato, por lo que su suscripción da a entender la aceptación de todas las condiciones del régimen pensional, al ser un documento que se presume auténtico en los términos del art. 243 del CGP, con el que se acredita el cumplimiento del deber de información.

Añadió que para el momento de la afiliación de la gestora, ese ente solo tenía la obligación de conservar dicho formulario y no una prueba diferente que diera cuenta de la información brindada, sin que se haya logrado acreditar en los términos dispuestos en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, actos atentatorios contra el derecho de afiliación; que en caso de confirmarse la condena, debe absolverse de la devolución de gastos de administración y comisiones, porque estos constituyen conceptos autorizados como consecuencia de la administración del capital de la cuenta individual de la afiliada, que condujo al incremento del saldo de la misma por medio de los rendimientos financieros, que están por encima del mínimo establecido por la Superintendencia Financiera; y, que de ordenarse, se estaría configurando un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, en la medida en que no existe norma que disponga tal devolución, sobre todo si se tienen en cuenta que tales rubros pertenecen al fondo como contraprestación de su gestión y que si la activa hubiera permanecido en el RPM igual se habrían generado tales descuentos, los cuales no forman parte integral de la pensión de vejez, y por ello, están sujetos al fenómeno de la prescripción.

Protección SA expresó su inconformidad respecto a la condena relativa a la devolución de la cuotas de administración y seguros previsionales a Colpensiones, tras estimar que ese fondo realizó una excelente gestión en la administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que se patentiza con los altos rendimientos generados a su favor, por lo que de ordenarse tal situación se estaría desconociendo el derecho a la restituciones mutuas consagradas en el art. 1743 del CC y generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. Sumado a eso, dijo que los rubros referidos, también son deducidos en el RPM y que tienen una naturaleza diferente a la de la pensión, por lo que podría hablarse de la prescripción parcial de esas cuotas. En cuanto a los seguros previsionales, que los mismos fueron pactados con un tercero, que es la aseguradora a quien se le pagó para mantener vigentes las pólizas que cubrieron a la demandante de los riesgos

de invalidez y muerte, por lo que al no haberse generado el siniestro no existe razón alguna para devolverlos, desconociendo el funcionamiento que tienen los mismos.

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, Porvenir y Colpensiones presentaron alegaciones, reiterando los argumentos expuestos, la primera en la demanda, y las últimas, 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 3 de mayo de 1961 (pág. 22, arch. 1); **ii)** cotizó al RPM a través del Instituto de Previsión Social – Santander del 1º de junio de 1990 al 30 de julio de 1991 y del 1º de febrero de 1992 al 30 de noviembre de 1995 y por medio del Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 1º de diciembre de 1995, un total de 77,14 semanas (págs. 55, 59 y 61 arch. 1); y, **iii)** se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Protección, el 10 de abril de 1997 y de allí a la AFP Horizonte hoy Porvenir SA el 25 de agosto de 2008 (págs. 29 y 51, arch. 1), 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 1º 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, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, 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 Protección, desde el 10 de abril de 1997 y se trasladó luego a la AFP Horizonte hoy 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, 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 10 de abril de 1997, con su afiliación a la AFP Protección.

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, en este caso a la AFP Horizonte hoy Porvenir, 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, se **adicionarán** los numerales **segundo** y **tercero** de la sentencia, para ordenar a las AFP demandadas, la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados, debidamente indexados, 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.

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.

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 los numerales **segundo** y **tercero** de la sentencia proferida el 27 de abril de 2022, por el Juzgado 7º 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 devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados, los valores descontados de los aportes efectuados con ocasión de la vinculación

¹ CSJ SL1688-2019.

de la demandante, por concepto de primas de seguros previsionales, bonos pensionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, 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, aporte pagado, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, según 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

Hipervínculo al expediente digital*

<https://etbcj->

[my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EnXqD-mJdg1Po7u7XFaxBJIBYNqo5kupaTpKo9wedsuo8A?e=Sg1RXk](https://etbcj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EnXqD-mJdg1Po7u7XFaxBJIBYNqo5kupaTpKo9wedsuo8A?e=Sg1RXk)

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: **087301adc8812cb2ab85a70bed7fb75c0b422b1d520614d49ecabc57e476105e**

Documento generado en 30/03/2023 10:27:43 AM

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 2020 00212 01**
DEMANDANTE: JAIRO ALBERTO BARROS SIERRA
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, treinta (30) de marzo 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 las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 28 de junio de 2022, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declare la ineficacia de la afiliación y traslado efectuado en marzo de 1998, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir SA; en consecuencia, se ordene a Colpensiones recibirla como afiliada sin solución de continuidad y al fondo privado trasladar al RPM la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, las sumas del bono pensional, intereses y rendimientos, el título pensional o reserva actuarial a la que haya lugar, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración y que con ocasión del proceso ordinario laboral con radicado n.º 11001310501720180069801, se abstenga de enviar los

anteriores conceptos a Colpensiones hasta el momento en que en la cuenta de ahorro individual se haya incluido el título pensional correspondiente al lapso comprendido del 31 de mayo de 1979 al 31 de marzo de 1989, con la empresa Primax Colombia SA o hasta que se haya proferido fallo en dichas diligencias.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 17 de enero de 1956; que cotizó en el RPM un total de 222 semanas; que en febrero de 1998, junto con sus compañeros de trabajo, fue citado a una reunión grupal para recibir información sobre el RAIS por parte de Porvenir SA, en la que no se informaron de manera suficiente y comprensible las ventajas, desventajas y condiciones del RPM y del RAIS, así como tampoco, las consecuencias del traslado respecto del derecho pensional; que en marzo de 1998, suscribió formulario de afiliación a Porvenir SA; que presentó reclamo ante las demandadas; que es demandante en el proceso ordinario laboral n.º 11001310501720180069801 seguido contra Primax Colombia SA y Porvenir SA, en el que solicitó el pago de los aportes a pensión desde el 31 de mayo de 1979 hasta el 31 de marzo de 1989 y se encuentra en trámite de ser admitido el recurso extraordinario de casación formulado por la empleadora en contra de la sentencia de segunda instancia (arch. 8).

II. TRÁMITE PROCESAL

Admitida la demanda mediante auto del 11 de junio de 2021, luego de ser subsanada, se ordenó su notificación y traslado a las demandadas, (arch. 9) quienes dieron respuesta en término oportuno.

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones; propuso excepciones de mérito 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; 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 a 28, arch. 14).

Porvenir SA, se opuso a todas y cada una de las pretensiones; formuló las excepciones de mérito de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (págs. 1 a 22, arch. 15).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (págs. 12 a 14, arch. 12).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 28 de junio de 2022, profirió sentencia en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS, encontrándose válidamente afiliado al RPD; le ordenó a la AFP Porvenir SA, transferir el saldo total de la cuenta individual de ahorro de aquel, junto con los rendimientos financieros, a Colpensiones, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración; y, a Colpensiones, registrar en la historia laboral los aportes que realizó el demandante en el RAIS.

Consideró que conforme a precedente jurisprudencial vinculante y obligatorio de nuestro Máximo Órgano de Cierre de la especialidad ordinaria laboral, las AFP desde su creación estaban obligadas a dar información a la afiliada previo a los traslados, para que tomara una decisión consciente; que el deber de información no se suple con la declaración preimpresa contenida en el formulario, pues solo demuestra el consentimiento pero no que fue debidamente informado, carga de la prueba que corresponde a las AFP, sin que hubieran cumplido con la carga de la prueba del deber de información. Finalmente adujo que este tipo de reclamos es imprescriptible y puede solicitarse en cualquier tiempo.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Porvenir SA solicitó que se revoque el fallo de primera instancia, con fundamento en que quedó demostrado que la ineficacia del traslado de régimen solicitado no se funda realmente en la falta de información, sino en una expectativa pensional, circunstancia que no fue prevista en el art. 71 de la Ley 100 de 1993, como un hecho vulnerador del derecho a la libre elección de régimen pensional. Agregó, que además la voluntad del actor de permanecer en el RAIS, se ha ratificado con el paso del tiempo y se debe tener en cuenta que en

cada asunto debe aplicarse la normatividad que estaba vigente para la época de la afiliación, respecto del deber de información, pues la obligación de aportar documentos que diesen cuenta de los datos suministrados al momento de surtirse la asesoría solo se dio hasta el 26 de diciembre de 2014, con la expedición de la Ley 1748 de 2014.

Sobre la condena dispuesta por concepto de devolución de los gastos de administración, señaló que en el RPM también se dispone un 3% de la cotización para financiar este rubro, que no le pertenece al demandante ni está llamado a financiar la pensión de vejez, por lo que de confirmarse el traslado de tales recursos se generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, aspecto sobre el que citó el comunicado del 15 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera de Colombia. Finalmente, pidió que se declare la prescripción respecto de dicho concepto.

Colpensiones apeló la sentencia proferida y expuso que al ser ese ente un tercero, no puede verse ni favorecido ni afectado con las resultas del proceso, de acuerdo con el principio de relatividad jurídica, ya que fue la AFP privada la que faltó a su deber profesional y legal de brindar información al afiliado. Agregó que la condena dispuesta en su contra, afecta gravemente el equilibrio del sistema financiero, el cual fue establecido en el art. 48 de la CN, ya que tiene incidencia en la reserva pensional y en el PIB.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022 se admitieron los recursos interpuestos 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 demandante y Porvenir SA presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la demanda, su contestación y el recurso (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 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 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, 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, entre ellas si es procedente la devolución de las sumas indicadas por la *a quo*.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante cotizó al extinto ISS entre el 5 de diciembre de 1990 y el 28 de febrero de 1998 un total de 625.57 semanas (pág. 29 a 34, arch. 14); y **ii)** el 28 de enero de 1998 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir SA, con fecha de efectividad desde el 1º de marzo de 1998 (págs. 69 y 71, arch. 15); administradora a la que actualmente se encuentra afiliado.

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. 1º 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, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, 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, el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **Porvenir SA**, el 28 de enero de 1998 con efectividad a partir del 1º de marzo de 1998, AFP a 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, 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, 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 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, 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 28 de enero de 1998 con su afiliación a la AFP Porvenir, efectiva desde el 1º de marzo de 1998.

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 a la administradora de fondos de pensiones respectiva

debe 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 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”* , 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 esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 28 de junio de 2022, por el Juzgado 14 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 vinculación del demandante a esa AFP, los bonos pensionales, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, 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**, atendándose 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/person/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Er7PKKRZLoF-Fj6WrOpmw6NEBa0rILvmA_7jeWzhJu7GR5A?e=QifZlx

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: **a796dfc0be519e8f7a772460ae6228679ac64e499322dd40b9d9421e1693b6c1**

Documento generado en 30/03/2023 10:27:44 AM

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 **016 (41) 2019 00279 01**
DEMANDANTE: PILAR CABRERA GIRALDO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES

Bogotá DC, treinta (30) de marzo 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 la demandada y surtir el grado jurisdiccional de consulta a su favor, respecto de la sentencia proferida el 9 de junio de 2022, por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se condene a Colpensiones a reconocerle la pensión de invalidez a partir del 17 de diciembre de 2007, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 53.6% del IBL, y los aportes de toda la vida laboral; pagarle intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993, a partir de la misma fecha y hasta el pago de la pensión de invalidez, así como las sumas adeudadas debidamente actualizadas; y, costas del proceso.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifiesta que nació el 14 de noviembre de 1951 y cumplió 55 años de edad en 2006; que el 18 de noviembre de 2012 solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, y mediante Resolución GNR del 19 de abril de 2013 Colpensiones la reconoció en cuantía de \$21.797.238; que padece un trastorno psicótico y del mal humor, de origen común; que el 12 de julio de 2017

la Junta Nacional de Calificación de Invalidez calificó su pérdida de capacidad laboral en un 56.3%, con fecha de estructuración el 17 de diciembre de 2007; que cuenta con 788 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones, 139 dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la PCL; y que, el 18 de enero de 2019 radicó ante Colpensiones solicitud de pensión de invalidez (Pág. 27 a 32, arch. 003, C001).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda correspondió inicialmente por reparto al Juzgado 16 Laboral del Circuito, que la admitió el 10 de julio de 2019, ordenando su notificación y traslado a la demandada (arch. 006, C001), quien dio respuesta en término oportuno.

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Adujo que la prestación que se solicita es incompatible con la indemnización sustitutiva reconocida. formuló como medios de defensa las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia de causa para demandar, compensación, buena fe, prescripción y caducidad (pág. 1 a 5, arch. 008, C001).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio pese a haber sido debidamente notificada (arch. 011, C001).

El proceso fue remitido al Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá DC, quien mediante auto del 3 de diciembre de 2021 avocó conocimiento del asunto, tuvo por contestada la demanda y continuó con el trámite respectivo (arch. 013, C001)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 9 de junio de 2022, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante la pensión de invalidez, a partir del 17 de diciembre de 2007, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, por 14 mesadas pensionales al año, con incrementos anuales; el retroactivo causado entre el 15 de enero de 2016 y el 31 de mayo de 2022 por valor de \$45.551.869, que debe ser indexado desde junio

de 2022 a la fecha de su pago, del que autorizó el descuento de aportes a salud; impuso costas a cargo de la entidad; y, declaró parcialmente probadas las excepciones de prescripción del retroactivo causado del 17 de diciembre de 2007 al 14 de enero de 2016 y la de compensación.

Como fundamento de la decisión, el juez de primer grado estableció que no existía controversia con la condición de invalidez de la actora, acreditada con el dictamen emitido el 12 de julio de 2017 por la junta nacional de calificación de invalidez, en el que se determinó una PCL del 56.3% de origen común, estructurada el 17 de diciembre de 2007; que el análisis de la prestación debía realizarse bajo el art. 1º de la Ley 860 de 2003, que exige 50 semanas de cotización en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, requisito que cumple, pues verificado el reporte de semanas cotizadas en pensiones, la demandante registró un total de 791.86 semanas, y del 17 de diciembre de 2004 al 17 de diciembre de 2007, cuenta con 138 semanas cotizadas; y que, dado que acreditó una PCL superior al 50% y tiene más de 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores, acredita los requisitos para acceder al reconocimiento pensional.

Respecto a las excepciones invocadas, en cuanto a la viabilidad de la prestación por haberse reconocido previamente una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a la demandante, advirtió que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que no es viable declarar la incompatibilidad entre las dos prestaciones, por resultar contrario a los postulados de la justicia, toda vez que la indemnización reconocida asegura el riesgo de vejez y no el de invalidez, por lo que no queda excluido ese riesgo, sin que se pierda el cubrimiento de esa contingencia (SL2053-2014); así mismo, que la Alta Corporación ha indicado la viabilidad de la pensión de vejez pese al reconocimiento previo de la indemnización sustitutiva de esa prestación, por lo que no resultan aquí incompatibles las prestaciones, y ante el cumplimiento de los requisitos establecidos en la citada ley, había lugar a reconocer y pagar la pensión de invalidez, a partir del 17 de diciembre de 2007, en 14 mesadas pensionales al año, cuantía de \$464.648, y a partir del 2014 en el equivalente a un salario mínimo, encontrándose prescritas las mesadas causadas antes del 15 de enero de 2016, pues la solicitud se presentó el mismo día y mes del año 2019, autorizando descontar del retroactivo causado hasta el 31 de mayo de 2022 que asciende a la suma de \$67.349.107 (después de ser corregido el error aritmético en que inicialmente se incurrió), el valor pagado por indemnización sustitutiva

de la pensión de vejez (\$21.797.238), con ocasión de la excepción de compensación propuesta, por lo que la condena sería de \$45.551.869 (suma corregida), que debía ser indexada desde el 1º de junio de 2022 y hasta su pago, e igualmente se autorizaría el descuento de aportes en salud.

Finalmente indicó que condenaría al reconocimiento de intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993, pues se aplican a todo tipo de pensiones reconocidas con posterioridad a la Ley 100 de 1993, desde el 16 de mayo de 2019, cuando se vencieron los cuatro meses con los que contaba la entidad para reconocer la prestación y hasta su pago, empero, al resolver no profirió condena alguna al respecto, ni se solicitó por la parte interesada, en término legal oportuno, la adición de la decisión.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones presentó recurso de apelación con fundamento en que el literal j) del art. 13 de la Ley 100 de 1993 indica que ningún afiliado puede recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez, y así lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Constitucional (C-674-2001).

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 demandada y el grado jurisdiccional de consulta en su favor; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a cada una para alegar (arch. 04, C002).

La parte demandante presentó alegaciones, solicita se resuelvan favorablemente las pretensiones confirmando la decisión, conforme al material probatorio y jurisprudencial (arch. 05, 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 el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad, y conforme a lo dispuesto en los art. 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en

determinar si la demandante acredita los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez que reclama, si para ello deben o no tenerse en cuenta las cotizaciones respecto de las cuales le fue calculada y reconocida la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, y si una y otra prestación resultan o no compatibles.

Se encuentra probado en el plenario que la demandante nació el 11 de noviembre de 1951; que mediante resolución GNR 067569 del 19 de abril de 2013, Colpensiones le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que solicitó el 18 de diciembre de 2012, a sus 61 años de edad, teniendo en cuenta para ello un total de 787 semanas cotizadas entre el 1º de septiembre de 1982 y el 31 de marzo de 2013, en cuantía única de \$21.797.238 que fueron ingresados en la nómina de mayo de ese año; cotizó un total de 791,86 semanas al sistema pensional, hasta el 31 de mayo de 2013; le fue determinada una pérdida de capacidad laboral del 56,3% de origen común, estructurada el 17 de diciembre de 2007, mediante dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 12 de julio de 2017; y, solicitó el 15 de enero de 2019 a Colpensiones, el reconocimiento de la pensión de invalidez junto con intereses moratorios (pág. 1, 2 a 6, 15 a 25, arch. 003; carpeta CD folio 53. C001).

Pensión de invalidez. Por regla general la norma aplicable para establecer la causación de esta prestación es la vigente en la fecha de estructuración del estado de invalidez, que para el caso lo fue el 17 de diciembre de 2007 (CSJ SL2203-2016, CSJ SL6397-2016, CSJ SL3660-2020, CSJ SL4261-2020 y CSJ SL5157-2020); y, tratándose de origen común, son aplicables las disposiciones contenidas en el Sistema General de Pensiones, para lo cual, se requiere que el afiliado haya perdido el 50% o más de su capacidad laboral al tenor de lo dispuesto en el art. 38 de la Ley 100 de 1993; así mismo, acorde con las previsiones del art. 1º de la Ley 860 de 2003, es necesario además, que haya cotizado un mínimo de cincuenta semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez.

Tal como lo adujo el *a quo*, la demandante acredita las condiciones y requisitos necesarios para el reconocimiento de la pensión de invalidez de origen común a cargo del sistema pensional, acorde con la normatividad referida, por cuanto le fue dictaminada una pérdida de capacidad laboral superior al 50% y cotizó un total de 141 semanas entre el 17 de diciembre de 2004 y el 17 de diciembre de 2007, razón por la cual se concluye indefectiblemente que la

demandante causó el derecho a la pensión de invalidez en la última fecha referida, que es la de estructuración de ese estado.

Ahora bien, como se advirtió desde la demanda, a la afiliada le fue reconocida a su solicitud por Colpensiones, y en principio, con el lleno de los requisitos legales, una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, mediante Resolución GNR 067569 del 19 de abril de 2013, esto es, antes de que se determinara su estado de invalidez, que fue declarado en dictamen proferido el 12 de julio de 2017, pero con posterioridad a la fecha de estructuración del mismo, que se itera, data del 17 de diciembre de 2007, es decir que, para la fecha de reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la afiliada tenía una pérdida de capacidad laboral que superaba el 50%, lo que la hacía una persona en estado de invalidez, y además de ello, contaba con la densidad de cotizaciones necesaria para la causación de la prestación pensional con ocasión de tal estado, aun cuando no se hubiera declarado el mismo, razón por la cual, en criterio de la Sala, no había lugar al reconocimiento de la indemnización, ante el derecho a la pensión que a posteriori se tornó en evidente, con el dictamen emitido, y es por ello, en esencia, que resulta procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez.

En adición a lo expuesto, como lo adujo el juez de primera instancia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido de manera reiterada la procedencia de la pensión de invalidez y de la pensión de sobrevivientes, cuando el afiliado recibió una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por cuanto se trata de riesgos distintos, sin que se incurra en la prohibición contenida en el literal j) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, como lo adujo Colpensiones; y, en ese sentido, la alta Corporación lo ha considerado posible aun cuando deban tenerse en cuenta las mismas semanas que sirvieron para la liquidación de la indemnización referida. Al respecto, en un asunto de similar connotación al que ahora ocupa la atención de la Sala, en la sentencia CSJ SL 17245, 6 mar. 2002, concluyó en respuesta al argumento de la demandada, consistente en que el afiliado había quedado excluido del seguro de invalidez por el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, que “[...] *al haberse producido el estado de invalidez con antelación al reconocimiento que en decisión del ente demandado le otorgaba la indemnización sustitutiva de la pensión por vejez y para esa fecha haber cumplido la densidad de cotizaciones que para el efecto exigía el artículo 6º del Acuerdo 049, no asiste razón al demandado en cuanto a la excepción planteada*”; y, en la providencia

CSJ SL 34015, 14 jul. 2009 recordó como “[...] *la Sala ha considerado que el hecho de recibir el afiliado la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no impide reclamar esta prestación si el afiliado logra demostrar que tenía derecho a la pensión, que debe ser concedida. Y también ha explicado, en criterio mayoritario, que la circunstancia de recibir el afiliado tal indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no impide la causación de la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios o la de invalidez en su propio caso*”.

Igualmente, rememorando decisiones anteriores en la misma línea, en la sentencia CSJ SL 37902, 24 abr. 2012, precisó:

Esta Sala de la Corte ha prohiado la tesis de la posibilidad de que una persona que ha recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pueda acceder a la pensión de invalidez por riesgo común, en tanto se ha estimado que serían dos riesgos diferentes, pues quien recibe la aludida indemnización queda excluido de la pensión de vejez, y en consecuencia, estaría excluido del seguro social obligatorio por esa misma contingencia (Rad. 30123 del 20 de noviembre de 2007).

También ha expresado esta Corporación que la indemnización sustitutiva “*es una prestación provisional, cuya recepción no impide reclamar judicialmente que se dilucide si lo que procedía era ese reconocimiento o en su lugar la prestación vitalicia de vejez; sin embargo se ha de entender que esta postura hace referencia a cuando se analiza la situación del afiliado respecto a la densidad de cotizaciones para el momento en el que se hizo la solicitud de reconocimiento de los derechos a la administradora de pensiones. No comprende entonces, casos como el sub lite en el que se pretende que se declare la existencia del derecho a la pensión de vejez, sumándole un número importante de cotizaciones a las que se compensaron con la indemnización sustitutiva, y cotizadas después de haberse solicitado y recibido esta última prestación*” (Radicación 35896 del 7 de julio de 2009, reiterada en la 34015 del 14 de julio de 2009).

En la sentencia CSJ SL2053-2014 reiteró que:

[...] bajo ciertas circunstancias, no constituye impedimento alguno para acceder a la pensión de invalidez por riesgo común, el hecho de que el afiliado haya recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. En efecto, si bien es cierto que, en principio –y según lo ha señalado esta Sala–, están excluidas del Seguro Social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, las personas que hubieren recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o de invalidez por riesgo común, tal regla general no cobija aquellas personas que, como el demandante, continúan aseguradas para otro tipo de contingencias, con lo cual se abre la posibilidad de que ellas se beneficien de una pensión por riesgo distinto al que corresponde a la indemnización sustitutiva.

Y, en reciente pronunciamiento en sede de tutela, con radicado 59676 del 17 de junio de 2020, la Sala de Casación Laboral recordó algunos de los precitados pronunciamientos, y esa línea jurisprudencial, así como decisión más reciente, CSJ SL3784-2019, en la que rememorando otras precisó el órgano de cierre de esta jurisdicción:

De entrada, advierte la Sala que de manera reiterada, su jurisprudencia ha establecido que, de acuerdo a la filosofía y los principios del sistema general de seguridad social, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de una contingencia en el régimen de invalidez, vejez y muerte por origen común, no afecta el otorgamiento del derecho pensional por un riesgo diferente al que corresponde a dicha indemnización en ese mismo régimen (CSJ SL 30123, 20 nov. 2007, CSJ SL11234-2015 y CSJ SL1416-2019), es decir,

que dichas prestaciones no son incompatibles, y que la afiliación al sistema no desaparece con el pago de tal indemnización.

[...]

Conforme a tal criterio jurisprudencial, se reitera que la exclusión a que hace alusión el literal d) del artículo 2.º del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, no implica entender que dentro de ese grupo están aquellos afiliados con posibilidades de beneficiarse con una pensión por un riesgo distinto al que corresponde a la indemnización sustitutiva, de modo que esta última prestación por concepto de invalidez o vejez es compatible con la pensión de sobrevivientes.

En efecto, recientemente, en un caso similar respecto de la norma en comento, la Sala también estimó que la exclusión en ella contemplada, se refiere es a que las cotizaciones no pueden servir nuevamente para atender el mismo evento (CSJ SL1416-2019).

Así las cosas, el Tribunal erró al considerar que la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez y la pensión de sobrevivencia eran incompatibles porque hacían parte del mismo grupo de contingencias aseguradas por el ISS, toda vez que si bien la invalidez, la vejez y la muerte pertenecen al mismo grupo, son riesgos diferentes.

Igualmente, el juez plural se equivocó cuando adujo que las semanas que se utilizaron para pagar la primera prestación serían las mismas para cubrir la segunda, puesto que desconoció la figura jurídica de la compensación. Por ello, en casos como los que aquí se debaten, cuando se condena al pago de la pensión también se ordena descontar lo que se sufragó por indemnización sustitutiva, bajo el entendido de que procedía un mejor derecho.

No debe olvidarse que el derecho a la seguridad social es irrenunciable, premisa que implica que debe preferirse siempre el mejor derecho, aquel que más desarrolla los fines de la protección que, sin duda alguna, es la pensión.

Partiendo de los anteriores derroteros jurisprudenciales, con mayor razón encuentra la Sala acertada la decisión del *a quo*, al declarar que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez que reclama, pese a que recibió con anterioridad el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, y aun cuando para acreditar el requisito de cotizaciones deba acudir a las semanas respecto de las cuales se liquidó la referida indemnización, máxime en este caso en el que lo que en verdad procedía, y debía prevalecer, era el derecho pensional por el riesgo de invalidez, y no el sustitutivo por el riesgo de vejez.

En cuanto al valor de la pensión de invalidez, las mesadas pensionales ordenadas resultaron en cuantía equivalentes al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, sin controversia al respecto; así mismo se dispuso el reconocimiento y pago de 14 mesadas pensionales al año, decisión que se confirmará, acorde con lo dispuesto en el inc. 8º y párrafo transitorio 6º del art. 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, toda vez que la pensión se causó en diciembre de 2007, cuando se estructuró la pérdida de capacidad laboral de la demandante, en cuantía inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Respecto a la excepción de prescripción, tal como lo determinó el *a quo*, con la reclamación presentada el 15 de enero de 2019 se interrumpió el término de prescripción de las mesadas causadas y exigibles dentro de los 3 años anteriores a esa fecha, acorde con lo dispuesto en el art. 151 del CPTSS, y en consecuencia, se encuentran afectadas por ese fenómeno las mesadas pensionales causadas y exigibles antes del 15 de enero de 2016, si se tiene en cuenta que no se acredita que la reclamación haya sido resuelta por la entidad, y en todo caso, la demanda se presentó tan solo unos meses después de que aquella fuera presentada, en abril de 2019.

La condena al pago del retroactivo pensional a partir del 15 de enero de 2016, se confirmará de acuerdo al análisis anterior, incluida su indexación que no fue objeto de controversia por la parte demandante, en los términos que se ordenó y hasta la fecha de su pago efectivo; empero, se **modificará** la decisión para extenderlo hasta la fecha de esta sentencia, teniendo en cuenta lo previsto en el inc. 2º del art. 283 del CGP; y, efectuado el cálculo aritmético respectivo, las mesadas pensionales causadas desde la citada fecha y hasta marzo de 2023, inclusive, en cuantía de 1 SMLMV, teniendo en cuenta 14 mesadas al año, sin perjuicio de las demás que se sigan causando hasta su pago efectivo, ascienden a la suma de \$84.678.280 así:

Año	Vr Mesada	N.º Mesadas	Total
2016	\$689.455	13,533	\$9.330.624
2017	\$737.717	14	\$10.328.038
2018	\$781.242	14	\$10.937.388
2019	\$828.116	14	\$11.593.624
2020	\$877.803	14	\$12.289.242
2021	\$908.526	14	\$12.719.364
2022	\$1.000.000	14	\$14.000.000
2023	\$1.160.000	3	\$3.480.000
TOTAL			\$84.678.280

Se autorizará a Colpensiones a deducir de la suma a pagar por retroactivo pensional, el valor efectivamente cancelado a la demandante por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida mediante la Resolución GNR 067569 del 19 de abril de 2013, debidamente indexado desde la fecha en la que fue pagado, y hasta cuando se efectúe el pago del retroactivo, descontando la referida suma, y en ese sentido se **modificará** el numeral segundo de la decisión apelada y consultada, en favor de la entidad.

En lo demás se confirmará 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: MODIFICAR y ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 9 de junio de 2022 por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que se autoriza a la entidad demandada a descontar del retroactivo pensional que se cause a favor de la demandante a partir del 15 de enero de 2016, que a marzo de 2023 inclusive, asciende a la suma de ochenta y cuatro millones seiscientos setenta y ocho mil doscientos ochenta pesos (**\$84.678.280**), los aportes con destino al sistema de salud y el valor que efectivamente le fue cancelado por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida mediante la Resolución GNR 067569 del 19 de abril de 2013, debidamente indexado desde la fecha en la que fue pagado, y hasta cuando se efectúe el pago del retroactivo de la pensión de invalidez, acorde con lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, según las consideraciones anteriores.

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 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/EqUqD3EDdhhJqrGpxDnTCNUB98lZhizX1i69nBbIeBbs5Q?e=O7M9yJ](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EqUqD3EDdhhJqrGpxDnTCNUB98lZhizX1i69nBbIeBbs5Q?e=O7M9yJ)

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: **748b381ecc1151b1cbfbb56658d42e62a8383abb61bcf9eb5805ef773bb36a8**

Documento generado en 30/03/2023 10:27:46 AM

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 **017 2019 00259 01**
DEMANDANTE: ESPERANZA ÁLVAREZ TOVAR
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA
VINCULADA COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS

Bogotá DC, treinta (30) de marzo 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 Porvenir SA y Colpensiones surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia proferida el 29 de junio de 2022, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir SA, y que continúa afiliada a Colpensiones; en consecuencia, se condene a Porvenir SA a devolver a Colpensiones la totalidad de los valores que hubiere podido recibir con ocasión de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses y rendimientos (págs. 6, 135 arch. 2 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 19 de enero de 1960 y trabajó entre el 5 de septiembre de 1981 y el 30 de junio de

1998 para empleadores del sector privado y público, un total de 1643 semanas; el 1º de julio de 1998 se trasladó a Porvenir SA, sin embargo, tal decisión se encuentra viciada en su consentimiento; según la historia laboral expedida por este último fondo, cuenta con un total de 1280 semanas, de las cuales 234 fueron cotizadas a Colpensiones, 60 semanas a otras administradoras y 987 a Porvenir SA, con un capital acumulado de \$120.206.313; desde el 1º de octubre de 1995 y a la fecha de presentación de la demanda, labora para la Fiscalía General de La Nación; el 14 de febrero de 2019 Porvenir SA le indicó que se podría pensionar bajo la modalidad de retiro programado con una mesada aproximada de \$828.116; el 20 y el 25 de febrero de 2019 solicitó ante las demandadas dejar sin efecto su afiliación al RAIS, recibiendo respuesta negativa de sólo Colpensiones (págs. 6-8, 136, 137 *idem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

Previa subsanación, mediante auto del 21 de junio de 2019, la demanda se admitió, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas, (pág. 165 arch. 2) y en proveído del 29 de junio de 2021 se ordenó vincular a Colfondos SA (págs. 270, 271 *idem*), entidades que dieron respuesta en término oportuno.

Porvenir se opuso a todas y cada una de las pretensiones; formuló las excepciones de mérito de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones, buena fe y enriquecimiento sin causa, (págs. 188-201, 267-269 *idem*).

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones; propuso excepciones de mérito que denominó el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido y buena fe (págs. 248-257, 267-269 arch. 2 *idem*).

Colfondos contestó con oposición a lo pretendido y para ello excepcionó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de causa y objeto, pago, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor a Colfondos SA, prescripción de la acción y compensación (págs. 310-320, 432-434 arch. 2)

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (pág. 167 arch. 2 *idem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 29 de junio de 2022, profirió sentencia en la que declaró no probadas las excepciones propuestas, así como ineficaz el traslado efectuado por la demandante al RAIS administrado por Porvenir SA, y que se encuentra válidamente afiliada al RPMPD, sin solución de continuidad; en consecuencia, ordenó a Porvenir trasladar a Colpensiones los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, todo ello con frutos, rendimientos e intereses, y devolver los gastos de administración que descontó, de su propio patrimonio; ordenó a Colfondos SA devolver a Colpensiones los gastos de administración que en su momento descontó, en caso de tenerlos en sus cuentas; ordenó a Colpensiones recibir el traslado de fondos a favor de la demandante, para convalidar en su historia laboral las cotizaciones respectivas; condenó en costas a todas las demandadas.

Consideró que conforme a la línea jurisprudencial de la Corte, las AFP no corrieron con la carga probatoria necesaria para acreditar que brindaron una información concreta y precisa a la afiliada, respecto a las características del régimen al que se pretendía afiliarse, y del materia probatorio allegado no se puede establecer que el asesor cumplió con el deber de brindar una información clara, completa, específica y suficiente tendiente a ilustrar en debida forma a la demandante, por ende, no es viable concluir que la decisión obedeció a un consentimiento informado; aunado a que del interrogatorio de parte practicado a la demandante, no se derivó confesión alguna que permita concluir el cumplimiento de ese deber legal de información. Finalmente adujo que la acción no se encuentra prescrita, porque tal situación se encuentra íntimamente ligada con la construcción de un beneficio pensional (págs. 864-866 archs. 2, 4 *idem*).

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

Porvenir SA argumentó que el traslado efectuado de RPMPD a RAIS se realizó de manera libre y voluntaria tal como se expresa en el formulario de afiliación suscrito con Porvenir SA, siendo dicho documento prueba de la libertad

de afiliación o escogencia del régimen pensional y del principio de la confianza legítima, máxime cuando la demandante realizó traslados horizontales dentro del mismo RAIS en donde decidió permanecer por más de 25 años efectuando cotizaciones, sin reparo alguno y sin que se pueda excusar la ignorancia de la ley; así mismo se informó de manera oportuna, clara y veraz, las características de la funcionalidad del RAIS con la normatividad vigente para la fecha de traslado, no obstante solo fue hasta la expedición de los Decretos 2555 de 2010 que las AFP adquieren la obligación de asesoría e información; de ahí que tampoco sea procedente la devolución de los gastos de administración, como quiera que se encontraba habilitada legalmente para efectuar esos descuentos que son de tracto sucesivo, pues de no ser por la administración efectuada, los aportes de la demandante no hubieran obtenido rendimiento alguno dado que se invirtieron debidamente las sumas en la forma exigida por la ley, por ende, se generaría un enriquecimiento sin causa frente a Colpensiones. Finalmente solicitó que, de insistirse en dicha condena, se aplique la prescripción de tales sumas.

Colpensiones argumentó que no debe ser condenada en costas, debido a que por la naturaleza del proceso, resulta ser codemandada en este tipo de procesos, por ser dicha entidad la administradora pero del régimen de prima media con prestación definida y en caso de que se decrete la ineficacia del traslado las realmente obligadas son las anteriores administradoras de los aportes de la demandante; agregó que se debe tener en cuenta que en el presente caso, la demandante se encuentra dentro de la limitante relacionada con que no puede devolverse al RPMPD si le faltan menos de 10 años para cumplir la edad mínima pensional.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

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

La demandante y Porvenir SA presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la demanda, su contestación y el recurso (archs. 5, 6 C02). Las demás partes, guardaron 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 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, entre ellas si es procedente la devolución de las sumas indicadas por el *a quo*. Finalmente se establecerá si es procedente condenar en costas a Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 19 de enero de 1960 (págs. 23, 205 arch. 2 C01); **ii)** cotizó al extinto ISS entre el 5 de septiembre de 1981 y el 31 de julio de 1998 un total de 235.57 semanas (págs. 25-28, 31 arch. 2); **iii)** el 29 de mayo de 1998 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir SA, con fecha de efectividad desde el 1º de julio de 1998 (págs. 32, 35, 206 arch. 2); **iv)** el 30 de septiembre de 2013 se trasladó a Colfondos SA con fecha de efectividad a 1º de noviembre de esa anualidad (págs. 206, 322, 323 arch. 2); **v)** el 13 de noviembre de 2014 regresó a Porvenir SA, con efectividad a partir del 1º de enero de 2015, administradora a la que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1311 semanas cotizadas conforme la historia laboral consolidada y la certificación emitidas por la mencionada AFP el 29 de agosto de 2019 (págs. 36-50, 202-229, 234-244 arch. 2), tiempo dentro del cual se encuentra incluido el laborado para la Fiscalía General de La Nación, pues con dicha entidad ha cotizado en ambos regímenes pensionales, desde el 1º de septiembre de 1995 (págs. 51-110 arch. 2).

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. 1º 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, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, 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 desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”

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 **Porvenir SA**, el 29 de mayo de 1998, luego se trasladó a Colfondos SA el 30 de septiembre de 2013 y posteriormente regresó a Porvenir SA el 13 de noviembre de 2014, AFP a la que se encuentra actualmente afiliada, y si bien en los formularios de vinculación n.º 1016648 y 16611924 (págs. 32, 35, 203, 204 arch. 2 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 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 29 de mayo de 1998 con su afiliación a la AFP Porvenir, efectiva desde el 1º de julio de 1998 (págs. 32, 35, 206 arch. 2).

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 **modificarán** y **adicionarán** los numerales **cuarto** y **quinto** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar que tanto la AFP Colfondos SA como a la AFP Porvenir SA, efectúen la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados por el *a quo*, junto con 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.

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 Colpensiones, 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 le asiste razón a la entidad recurrente Colpensiones, en cuanto a que no debió disponerse tal rubro frente a esa Administradora, en la medida en que 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 de los fondos privados de pensiones, que con su omisión dan lugar al resultado del proceso, en la medida en que Colpensiones no tuvo ninguna injerencia en el acto jurídico de traslado de régimen pensional que se declaró ineficaz, ni es éste consecuencia directa o indirecta de la acción u omisión de la administradora del RPMPD, 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 **séptimo** de la sentencia apelada y consultada.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

¹ CSJ SL1688-2019.

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 los numerales **cuarto** y **quinto** de la sentencia proferida el 29 de junio de 2022, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que tanto la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, como **Colfondos SA Pensiones y Cesantías** deberán devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados con ocasión de la vinculación de la demandante, 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: REVOCAR parcialmente el numeral **séptimo** 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
Salvo voto


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcj->

my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/ElkJeh-Wt_1EoOK9JP9H3xABibMv2K0j5Rr4c-c-1xrwwQ?e=hCSn0v

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: **94f1638b5abfd1466c9cda8561ace9ace2883e3225b9a7ea6b254b3e9c4159c7**

Documento generado en 30/03/2023 10:27:49 AM

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 2015 00693** 01
DEMANDANTE: WILLIAM BENEDICTO RONDÓN CRUZ
DEMANDADAS: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ
VINCULADOS POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS SA,
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES y NUEVA EMPRESA PROMOTORA
DE SALUD SA - NUEVA EPS

Bogotá DC, treinta (30) de marzo 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 de la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2021, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que el dictamen n.º 4179404 del 22 de agosto de 2012, emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez sea revocado, con el fin de que se disponga que la enfermedad que padece es de origen profesional, y por consiguiente, se califique el porcentaje de pérdida de capacidad laboral (f.º 170).

Como sustento relevante de sus pretensiones, manifiesta que desde el 1º de septiembre de 1998 ingresó a laborar en la Flota Sugamuxi, donde se le realizaron exámenes médicos de ingreso, cuyo resultado arrojó que se encontraba en perfectas condiciones de salud y los exámenes periódicos siempre arrojaron resultados satisfactorios hasta el 11 de agosto de 2010; el cargo que siempre

desempeñó fue el de conductor de bus de pasajeros, con una jornada laboral de 16 horas diarias; y, el último examen practicado en la columna dorso lumbar el 11 de agosto de 2010 determinó que se encontraba en estado normal.

Indicó que el 3 de octubre de 2010, sufrió un accidente en el ejercicio de sus labores, al caer de su propia altura al estribo del bus que conducía, por lo que recibió todo el impacto sobre la cadera y miembro inferior izquierdo, con trauma en la cintura, dolor muscular en hemipelvis izquierda, glúteo y región inguinal; el 29 de junio de 2011 la Nueva EPS calificó su enfermedad como de origen laboral; el 30 de septiembre de 2011 la ARL Positiva mediante dictamen n.º 165338 calificó su enfermedad como de origen común con fecha de estructuración a 3 de octubre de 2010 sin pronunciarse sobre el porcentaje de PCL; la calificación fue apelada, por lo que el 29 de marzo y el 22 de agosto de 2012 las Juntas Regional y Nacional de Calificación de Invalidez, mediante dictámenes n.º 2632011 y 4179404, respectivamente, confirmaron lo establecido por la ARL Positiva.

Informó que desde la fecha de su accidente se encuentra en estado de incapacidad a la fecha de la presentación de la demanda, ya que el permanecer sentado conduciendo bus de transporte público para la empresa Flota Sugamuxi, genera que se le adormezcan las piernas, por tanto desde dicha data la empresa no le ha permitido el ingreso a laborar porque de acuerdo a las recomendaciones de reubicación laboral del médico tratante no hay ningún cargo donde se pueda desempeñar; mediante derecho de petición le solicitó a la empresa la historia clínica junto con el examen clínico de ingreso, prescripciones médicas, reubicaciones y circunstancias de riesgo a las que se encontraba expuesto, entre otros documentos, sin embargo, la empresa se negó a ello. Finalmente adujo que, ha sido tratado en todas las áreas especiales de la medicina relacionadas con su enfermedad, sin embargo, todas coinciden en que no tiene ninguna mejoría y que presenta parestesias en la pierna derecha (f.º 168, 169 - arch. 5 C01).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 19 de agosto de 2015, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 177 - arch. 7 C01); mediante auto del 1º de octubre de 2018 se ordenó vincular a la ARL Positiva y a Colpensiones (f.º 236 - arch. 35, C001) y en proveído del 22 de noviembre de 2019 se vinculó a la Nueva EPS (f.º 292, 293 - arch. 52, C001).

La **Junta Nacional de Calificación de Invalidez**, manifestó atenerse a lo que se pruebe en el proceso, sin embargo adujo que su decisión cuenta con pleno soporte probatorio, y guarda plena concordancia con las disposiciones legales y técnicas que rigen la calificación del origen de las patologías, de acuerdo con el Decreto 1352 de 2013 y la Ley 1562 de 2012, y en todo caso, dicha entidad nunca ha efectuado un proceso de calificación del porcentaje de PCL del demandante, por cuanto el recurso de apelación interpuesto respecto del dictamen que en su momento rindió la ARL, se restringía únicamente a emitir concepto profesional acerca del origen de las patologías, así que considera que la totalidad de las pretensiones solo implican efectos jurídicos para la ARL a la cual se encontraba afiliado el demandante, por lo que solicitó su integración como excepción previa. Propuso como excepciones de mérito las de legalidad de la calificación dada por la entidad, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de pretensiones frente a la JNCI, improcedencia del *PETITUM*, inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen – carga de la prueba a cargo de contradictor y buena fe (f.º 202-225, 235 - archs. 30, 34 C01).

Colpensiones se opuso a lo pretendido, indicando acto seguido que no podía dar concepto favorable frente a las pretensiones, por cuanto se considera válido el dictamen emitido por la JNCI por ser competente y ajustarse a los preceptos del Manual Único de Calificación de Invalidez y el competente para modificar el origen de la incapacidad del actor es el Juez laboral; propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción (f.º 240-245, 292, 293 - arch. 37 C01).

Positiva Compañía de Seguros SA se opuso a lo pretendido bajo el argumento de que el derecho al debido proceso le fue garantizado al demandante cuando se calificaron las secuelas del accidente de trabajo con una PCL del 0%, además las patologías de origen común son degenerativas y no se relacionan con el mencionado accidente; en todo caso, si bien respecto de estas estaría pendiente por calificar el grado de PCL, lo cierto es que no son de cobertura de la ARL, ante la cual no ha solicitado pago de prestación alguna frente a las enfermedades que padece. Excepcionó falta de causa jurídica, científicidad y juridicidad del dictamen, falta de legitimación en la causa por pasiva y buena fe (f.º 263-272, 276 - arch. 42 C01).

La **Nueva EPS SA** no se opuso a las pretensiones por cuanto van dirigidas a una persona jurídica totalmente distinta por lo que propuso la excepción que denominó inexistencia de la obligación (f.º 326-333- archs. 60, 132.1 págs. 417, 418 C01).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 200, 237, archs. 29, 36 C01).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 19 de noviembre de 2021, declaró probadas las excepciones de legalidad de la calificación dada por la JNCI, improcedencia del *petitum*, inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen – carga de la prueba a cargo del contradictor, propuestas por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y la inexistencia del derecho y de la obligación propuesta por Colpensiones, la de cientificidad y juridicidad del dictamen propuestas por Positiva ARL, y las de inexistencia de la obligación propuesta por la Nueva EPS; en consecuencia, absolvió a la demandada y vinculadas de todas las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo del demandante.

Motivó lo así decidido en que el demandante desempeñó el cargo de conductor de bus intermunicipal para el transporte de pasajeros en la Flota Suba desde el 1º de septiembre de 1998 y si bien sufrió un accidente de trabajo por el que fue atendido por urgencias el 3 de octubre de 2010, lo cierto es que, se acreditó que el demandante tenía unos diagnósticos de tipo degenerativo no traumático que, por su naturaleza, se descarta que se hayan generado por el mencionado accidente laboral, por tanto, resultaron siendo daños crónicos o desgaste natural, tal y como lo dijo el perito Jorge Alberto Álvarez Lesmes y se puede desprender del análisis del puesto de trabajo del trabajador.

En consecuencia, concluyó que no se acreditó que el mencionado accidente de trabajo hubiera traído esas consecuencias directas para poder considerar que las patologías que estaban asociadas a esos dolores o a ese evento traumático, por lo que no es posible establecer el nexo causal respectivo entre la enfermedad degenerativa y el accidente de trabajo o la actividad desarrollada por el demandante, por ende, las patologías del demandante son de origen común.

En relación con la pérdida de capacidad laboral, señaló que le correspondería a la EPS o al fondo de pensiones determinar en primera oportunidad el porcentaje de PCL para verificar el grado de invalidez y determinar la fecha de estructuración de la misma, por lo que el demandante puede iniciar los trámites respectivos con el fin de cumplir con el debido proceso, y en caso de no estar de acuerdo, controvertir las correspondientes decisiones a través de los recursos procedentes en el trámite administrativo o judicial (f.º 474-476 – arch. 130).

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 3 de febrero de 2022 se admitió el grado jurisdiccional de consulta; 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.º 479 - arch. 3 C02).

La Nueva EPS y Colpensiones presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en las contestaciones a la demanda (f.º 480-497 - archs. 4-9 C02). Las restantes partes guardaron silencio.

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 el dictamen n.º 4179404 del 22 de agosto de 2012, emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez debe dejarse sin efecto, concretamente en lo relativo al origen de las dolencias allí verificadas, para en su lugar disponer que la enfermedad que padece el demandante es de origen profesional como consecuencia del accidente de trabajo acaecido el 3 de octubre de 2010.

Para iniciar, debe advertirse que las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos por las Juntas de Calificación de Invalidez, son dirimidas por la justicia ordinaria, y según el art. 41 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 41 del Decreto 019 de 2012 la Junta Nacional de Calificación de Invalidez conoce de la determinación de la calificación del grado

de invalidez y el origen de las contingencias, en segunda instancia, por lo que los medios probatorios deben resultar lo suficientemente fidedignos y certeros para concluir que se incurrió un yerro por parte de tal ente, el cual está conformado por cuerpo colegiado, integrado por un grupo interdisciplinario que cuenta con especiales conocimientos en salud ocupacional y experiencia profesional.

En ese sentido, no se equivocó la *a quo* cuando consideró mantener incólume el origen de las patologías determinado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en la citada pericia, al no encontrar, bajo los postulados del art. 61 del CPTSS, una prueba que la persuadiera más que la decretada en audiencia del 10 de septiembre de 2020, o sencillamente le ayudara a formar libremente el convencimiento de los hechos que fueron materia de controversia.

En la citada diligencia la *a quo* decretó como prueba en favor del demandante la realización de un dictamen pericial por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, *para que determine el origen de los diagnósticos otras degeneraciones especificadas de disco intervertebral – otros trastornos especificados de los discos intervertebrales - otras artrosis especificadas (...) en el que se le solicitará no se realice una valoración física al paciente, solo deberá atender los soportes documentales que requiera para ello hasta la fecha en que se emitió el dictamen, esto es, todas las documentales que sirvieron de soporte hasta el 22 de agosto de 2012, fecha en que tanto la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá como la Junta Nacional de Calificación emitieron los dictámenes del origen de los diagnósticos. Así mismo, deberá la Junta Regional de Calificación de Bogotá y Cundinamarca hacer referencia de orden técnico, con relación a los dos dictámenes emitidos por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá y el emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (f.º 377-380, 392).*

En cumplimiento de lo anterior, el 15 de abril de 2021 la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca profirió dictamen n.º 4179404-2623 calificó los citados diagnósticos, codificados con los n.º M128, M513 y M518 como enfermedades de origen común, pues a pesar de que el paciente sufrió un evento traumático en columna lumbosacra por caída y que se desvinculó el 13 de agosto de 2020, no se documentó la presencia de fractura esguince desplazamiento de disco intervertebral, sino que los hallazgos documentales son de carácter degenerativo no traumático por lo que no es

posible establecer un nexo causal laboral de las patologías de columna (f.º 404-406).

Positiva Compañía de Seguros SA, al corrérsele el traslado de rigor de la anterior pericia, allegó un peritazgo elaborado por una Médica Laboral el 9 de noviembre de 2011, en el que se concluyó que en efecto, los citados diagnósticos son de origen común puesto que son degenerativos y propios del envejecimiento de la persona, más no de origen traumático, por lo que se adujo, no es posible establecer un nexo causal laboral de los diagnósticos de la columna, teniendo en cuenta que no cumple con las características de las Guías de Atención Integral de Salud Ocupacional Basadas en la Evidencia (GATISO) para desórdenes por trauma acumulativo a nivel de espalda (f.º 444, 445).

En audiencia del 19 de noviembre de 2021 se escuchó al perito Dr. Jorge Alberto Álvarez Lesmes, Médico Cirujano Especialista en Administración de Empresas y Salud Ocupacional y Medicina Laboral y desde hace 10 años aproximadamente es miembro de la Sala de Decisión Tercera de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, por ende, dijo que ha tenido bastante experiencia haciendo calificaciones incluso solicitadas dentro de múltiples procesos judiciales a lo largo de su carrera en los cuales debe rendir las declaraciones respectivas para explicar las pericias. En ese orden, manifestó que el dictamen n.º 4179404-2623 del 15 de abril de 2021 fue rendido por la Sala en pleno utilizando el historial clínico aportado, los dictámenes proferidos por la ARL, la EPS y las anteriores juntas de calificación, más un interrogatorio al paciente con verificación de sus condiciones físicas para la determinación del origen, sin que hubiera sido necesario solicitar pruebas adicionales porque se encontró coherencia entre lo relatado como sucedido y lo reportado en la historia clínica; en todo caso advirtió que aún si no se hubiera aportado la historia clínica posterior al accidente, la conclusión hubiera sido la misma.

Dijo que en la valoración efectuada se encontró al demandante con una cicatriz quirúrgica del 24 de abril de 2019 a nivel de su columna lumbar con severa restricción de su movilidad usando para su desplazamiento un bastón, y fue valorado por terapeuta ocupacional de la Junta Regional de la cual es miembro, a través de tele consulta, así que reiteró que las dolencias que devienen de los 3 diagnósticos estudiados en la nueva pericia son de carácter degenerativo no traumático por lo que afirmó, no es posible establecer un nexo causal laboral

de las patologías de columna con el accidente reportado el 3 de octubre de 2010, porque de un evento traumático lo que se espera es un esguince, fractura o luxación de la columna y ninguno de ellos acaeció o por lo menos no está documentado; sino que de lo que se trata es de un proceso degenerativo de la columna que se encuentra con alguna frecuencia en personas adultas que, cuando se efectúan las resonancias magnéticas del caso luego de tener un trauma a nivel de columna, las imágenes evidencian que realmente hay un deterioro anterior y el golpe o trauma, es lo que desenmascara la lesión degenerativa de la columna, debido a que así como a unas personas les salen canas y a otras se les cae el pelo o les salen arrugas, los huesos tienen un proceso de deterioro con el paso del tiempo, de ahí que las cubiertas articulares hechas de cartílago, se van debilitando, deshidratando y adelgazando y eso es lo que se evidencia en las resonancias magnéticas.

Explicó que con bastante frecuencia, el 70% de la población, puede tener alteraciones en su columna y no darse cuenta de ellas sino hasta cuando sufre un evento traumático y si este no le causa fractura, luxación, esguince o algo que evidentemente dañe la estructura anatómica de la columna y que sea la justificación del dolor, con posterioridad al trauma es que se pone en evidencia el deterioro de la columna o de las articulaciones y no significa que el evento haya causado estas lesiones, como sí ocurriría definitivamente con una fractura al ser un acontecimiento agudo que sí genera la alteración en la estructura, ruptura y pérdida en la continuidad del hueso, o con un esguince que provoca un deslizamiento del disco o una pérdida en la postura normal de la articulación, o con una luxación que es la pérdida de la arquitectura normal de una articulación. Así que señaló, que por esos fuertes traumas energéticos importantes que se pueden presentar con las caídas, se pierde la arquitectura y anatomía de la columna, pero en este caso lo que ocurrió fue un daño o detrimento crónico de las articulaciones de la columna del demandante, que se llama artrosis, que no es atribuible al accidente mencionado.

Al preguntársele por qué no podían estar relacionadas las dolencias del demandante con la función que desempeña como conductor y las posiciones que debe mantener para ejecutar dicha labor, agregó que la columna puede usualmente presentar alteraciones fuertes, deterioro por sobrecarga, como cuando los trabajadores tienen que hacer manipulación de cargas con posturas inadecuadas y levantando pesos por encima de los 35 a 50 kg que exceden los límites permisibles, como por ejemplo los cotereros o cargueros o quienes tienen

como rutina habitual laboral, la manipulación de carga, ya que en estos casos se tienen en cuenta el nivel de peso manejado, la frecuencia, la repetitividad y el tiempo que utiliza para esa labor en la jornada laboral, y allí indudablemente se vería el daño estructural y acelerado de la columna; o como cuando los conductores del Cerrejón, antiguamente tenían sistemas de amortiguación obsoletos y por ende, el cuerpo entero estaba sometido a vibraciones que superan los valores límites permisibles.

Sin embargo, adujo que en el caso de los conductores del servicio urbano o intermunicipal, como médico calificador nunca ha percibido una evidencia clara, reciente o recurrente de lo relatado, aunque sí pueden tener lesiones pero no asociadas a su trabajo, porque incluso son personas a quienes el sedentarismo les genera un proceso de deterioro en las articulaciones al no tener una actividad física recurrente, pero nunca son atribuibles a un daño generado en forma directa por el trabajo, en todo caso, adujo que en el caso del demandante no se evidencia un reporte a una exposición de manipulación de este tipo de cargas en forma frecuente, diaria y por períodos mayores a 6 horas, no se probó qué nivel de carga manejaba para el manejo del tipo de equipamiento de los pasajeros ni que estuviera expuesto a un sistema de vibración que superara los límites permitidos, aunado a que es sabido que en los buses intermunicipales como los que conducía el demandante cuentan con un ayudante y equipos relevantes para hacer estos servicios, evitar la fatiga y disminuir la propensión a los accidentes, y el demandante cuando fue entrevistado por la Sala de la Junta siempre se refirió en términos generales a su labor como conductor, más nunca al manejo de carga o al sometimiento de vibraciones.

Informó que el hecho de permanecer tanto tiempo sentado, no genera este tipo de enfermedades que tiene el demandante porque estadísticamente la mayoría de la población tiene esa clase de alteraciones, por ende, no están relacionadas directamente con pasar mucho tiempo sentado; indicó que si un paciente como el demandante, es sometido a un proceso de cirugía de lo que se establece en términos clínicos, como una columna fallida, es porque a pesar del proceso pre quirúrgico que se le dio al demandante tratando de reestablecer su condición inicial persiste el dolor y las molestias se han agravado, así que como médico, advierte que estos procesos degenerativos a pesar de los tratamientos no tiene buenos resultados, y en el caso del demandante el dolor persiste y tiene sintomatologías agravadas, como lo es una disestesia que es un dolor o malestar

hacia una de las piernas y además presenta incontinencia urinaria con ciertas dificultades para la movilidad en su columna, entonces no necesariamente los procesos degenerativos se pueden regular o manejar con procesos quirúrgicos, que en muchas ocasiones solamente pueden ser paliativos para evitar el dolor agudo, pero usualmente quedan unos dolores crónicos y unas restricciones de movilidad y de funcionalidad que a pesar del proceso quirúrgico no se logran mejorar o cambiar, prácticamente los procesos degenerativos evolucionan y algunas veces los procesos quirúrgicos son necesarios para detener su rápida progresión pero persisten síntomas.

Agregó que después de un trauma agudo como el que sufrió el demandante, lo que puede determinarse como evento laboral es la contusión de la columna porque eso es innegable, está documentado, es decir, el demandante sí sufrió esa lesión, por ende ese golpe claramente es de origen laboral como lo indicó la EPS, porque el demandante tuvo que tener una atención primaria fruto de un accidente, que le provocó tensión, dolor, inflamación e incapacidad inicial, pero luego de que superó ese proceso persistió un dolor crónico y por ende, se le tomó una resonancia en donde se evidenció que el dolor ya no era por el trauma porque insistió en que no hubo fractura, esguince ni luxación, sino que lo que se presenta es un proceso osteo-degenerativo, no por el trauma. Aclaró que este tipo de casos degenerativos se identifican por que el dolor persiste en el tiempo, de lo contrario, si hubo un evento que ocasionó una lesión con dolor o una inflamación como con un levantamiento de carga, lo que se hace es darle el manejo con el tratamiento adecuado por 1 o 3 semanas con reposo, anti inflamatorios y analgésicos para que el dolor ceda por completo, pero cuando persiste, se deben tomar las resonancias o tac para saber el motivo por el cual no se restablece la normalidad de una función adecuada, y ahí es cuando se encuentran fracturas que no pudieron verse en la primera revisión o el proceso degenerativo y por esa razón, es que en primer lugar se puede concluir que inicialmente la situación era de origen laboral, pero posteriormente por la persistencia en el dolor, se concluye que realmente resulta ser de origen común ante los daños orgánicos crónicos.

Así las cosas, se puede observar que la junta que actuó como perito, emitió su determinación con base en el resumen de historia clínica del demandante, así como por las valoraciones especialistas y exámenes o pruebas paraclínicas que fueron relacionadas una a una en los antecedentes del mismo, por lo que mal podría concluirse que dicho órgano de la seguridad social hubiese incurrido en alguna distorsión en la labor que le fuera encomendada por la jueza de primera

instancia, quien actuó conforme con el deber del juez laboral de despejar hechos trascendentes del proceso, pero dudosos, en aras de aproximarse a la verdad real, y no meramente formal, con la advertencia de que el demandante de ninguna manera controvirtió lo afirmado en aquella pericia ni en la declaración que rindió el médico ponente.

Lo anterior se afirma porque, según la prueba documental adosada el 29 de junio de 2011 el demandante fue notificado de la calificación del origen de la patología realizada en primera oportunidad por la Nueva EPS, en el que se indicó que el diagnóstico trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía era de origen profesional por cumplir con los criterios definidos en el art. 200 del CST, por lo que el caso fue remitido a la ARL (f.º 121).

Positiva Compañía de Seguros SA, 28 de septiembre de 2011 emitió concepto por parte del Equipo de Rehabilitación Integral, en el que se indicó que el demandante tenía buen pronóstico funcional y que los diagnósticos definitivos eran lumbalgia mecánica, discopatía degenerativa, imbalance musculoesquelético y espondilopatía degenerativa (f.º 128, 129); posteriormente el 30 de septiembre de 2011 profirió dictamen n.º 165338 del cual se evidencia que los diagnósticos discopatía lumbar múltiple con hernia discal L4-L5 y L5-S1 (M511) y osteoartrosis de columna lumbar (M545) fueron catalogados como enfermedades de origen común con fecha de estructuración a 30 de diciembre de 2010; dicho dictamen que estudió lo relacionado con el accidente de trabajo reportado el 3 de octubre de 2010 calificado como de origen profesional y la historia clínica del 30 de octubre de 2010, fue notificado tanto a la empresa Flota Sugamuxi SA como al demandante y apelado por este último (f.º 122-127).

La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, mediante dictamen n.º 2632011 del 29 de marzo de 2012 estableció que las patologías discopatía multinivel con hernia discal L4-L5 y L5-S1 lumbar (M511) y la artrosis de columna lumbar u otras dorsopatías especificadas (M538) son una enfermedad de origen común y sin relación con el accidente laboral sufrido el 3 de octubre de 2010 al no existir riesgo ocupacional capaz de generar la patología; dicha pericia fue objeto de recursos de reposición y subsidiario el de apelación *por controversia con el origen dictaminado* para que califique el origen de la enfermedad como profesional, sin embargo, la JRCI no modificó su decisión (f.º 130-133).

Y el 22 de agosto de 2012 fue emitido el dictamen que aquí se controvierte, el n.º 4179404 en el que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez por remisión de la ARL Positiva, confirmó que los diagnósticos denominados otras degeneraciones especificadas de disco intervertebral, otros trastornos especificados de los discos intervertebrales y otras artrosis especificadas son enfermedades de origen común, con la aclaración de que la patología discopatía lumbar múltiple con hernia discal L4-L5 y L5-S1 y artrosis de columna lumbar no están relacionadas con el evento ocurrido el 3 de octubre de 2010 al ser de evolución crónica y no se generan espontáneamente en un evento agudo como dicho accidente *«sin entrar a estudiar la fecha de estructuración ni el porcentaje de pérdida de capacidad laboral ya que dichos elementos no estaban en discusión (...) la controversia estaba centrada sobre el origen de las patologías motivo de calificación, lo que significa que no hay duda sobre la existencia de las mismas y lo que se busca es establecer la etiología u origen»* como posteriormente le fue indicado al accionante por dicha entidad en comunicado n.º JLP-P 1867 del 28 de enero de 2013, en respuesta a su petición del día 22 del mismo mes y año (f.º 138-146).

En ese dictamen se mencionaron los episodios relevantes y aspectos clínicos de vital importancia para descartar una pérdida de capacidad laboral estructurada en los términos pretendidos por el demandante.

Justamente, considera la Sala que en nada difiere lo anterior con la caudalosa prueba documental adosada por cuanto se anexó el resumen de atención e historia clínica de la IPS Nueva Boyacá SA, de los que se desprende que el 6 de octubre de 2010 ingresó el demandante por urgencias por un trauma con dolor pélvico, muscular y en la región inguinal izquierda sin fractura, dado que 3 días antes mientras trabajaba como conductor se cayó de su propia altura y sufrió un golpe en la cadera, motivo por el cual lo hospitalizaron una noche y le dieron 6 días de incapacidad bajo el diagnóstico de lumbalgia secundaria y traumatismo (f.º 69-76); posteriormente fue atendido nuevamente por urgencias en dicha IPS el 25 de octubre siguiente, por presentar dolor intenso y dificultad para caminar e ir a trabajar, le prescribieron medicamentos e imágenes diagnósticas bajo los diagnósticos lumbalgia traumática, radiculopatía L1 - L2 (f.º 77, 78, 83, 84). Nuevamente fue atendido por ortopedia el 12 de noviembre, el 22 y 30 de diciembre de 2010, el 31 de enero y el 14 de junio de 2011 por persistencia de dolor lumbar, y se le ordenaron medicamentos, infiltraciones e

incapacidad por los diagnósticos de lumbago no especificado (M-545) y hernia L5-S1 sintomática (f.º 90-92, 100, 102).

En la historia clínica ocupacional del 7 de diciembre de 2010, del 31 de enero y del 8 de febrero de 2011, se verifica que el demandante no había presentado mejoría, se le brindaron unas recomendaciones, indicando como diagnóstico osteocondrosis intervertebral L5 – S1 (f.º 86, 93, 94). Según el reporte de incapacidades temporales liquidadas por afiliado de Positiva Compañía de Seguros SA, y el certificado expedido por la Nueva EPS, estuvo incapacitado en forma interrumpida durante 163 días entre el 6 de octubre de 2010 y el 2 de abril de 2011 por los diagnósticos T009, S435, M544 y M545, 20 días del 1º al 23 de junio de 2012 por el diagnóstico M511, y 671 días interrumpidos desde el 6 de enero de 2018 hasta el 3 de marzo de 2020 los cuales fueron pagados a la empresa Flota Sugamuxi SA (f.º 147-149, 334-340).

Obra de f.º 150 a 166 el análisis del puesto de trabajo del demandante como conductor de la empresa Flota Sugamuxi SA, elaborado el 28 de junio de 2011 por una profesional en fisioterapia y especialista en salud ocupacional y riesgos laborales, en el que se dieron recomendaciones a la empresa y al trabajador y se sugirió la reubicación temporal del demandante mientras se define la parte médica.

Se diligenció por parte del ortopedista especialista en cirugía de columna de la IPS Fundación San Javier, un formato de informe de enfermedad profesional de Positiva Compañía de Seguros SA n.º 1022123 en donde se indicó como diagnósticos hernia discal lumbar L5-S1 y osteoartrosis de la columna lumbar y se anexó la copia de análisis de puesto de trabajo del demandante del 28 de junio de 2011; además dicho galeno el 5 de julio de 2011 le ordenó infiltraciones, medicamentos y si no hay mejoría, una cirugía, por lo que el día 7 de los mismos mes y año solicitó sala de cirugía para realizar 3 procedimientos en la columna del demandante: disectomía, laminectomía y foraminotomía lumbar (f.º 103, 105, 108)

De f.º 9 a 11, 135 a 137 obra concepto favorable de rehabilitación emitido por la Nueva EPS el 10 de septiembre de 2012, respecto del diagnóstico denominado trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía (M-511), cuyo origen se registró como común y en las observaciones se indicó que había sido calificado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el 22 de agosto de

2011, por ende, no sería remitido al fondo de pensiones. Sin embargo, el 10 de abril de 2013 el médico laboral de Colpensiones le solicitó a la Nueva EPS valoración prioritaria por neurocirugía para el demandante (f.º 109).

El 17 de diciembre de 2013 el ortopedista y traumatólogo de la Asociación Médica de Los Andes le ordenó más infiltraciones y un bloqueo del músculo piramidal derecho, el cual se realizó el 28 de enero de 2014, obteniendo una mejoría parcial del dolor, así que se le ordenó fisioterapia para estiramiento de rotadores externos de la cadera (f.º 114-118).

El 23 de noviembre de 2016 Positiva Compañía de Seguros SA profirió dictamen n.º 1023212 en el que calificó el lumbago postraumático, espasmo paravertebral lumbar y lumbosacro **sin secuela** (M545) como de origen profesional, y los diagnósticos denominados otras degeneraciones especificadas de disco intervertebral (M511), otros trastornos especificados de los discos intervertebrales hernia discal L4-L5, L5-S1 (M5aa), otras artrosis especificadas de la columna lumbar (M198) y radiculopatía S1 derecha crónica leve (M541) como de origen común no derivadas del accidente de trabajo acaecido el 3 de octubre de 2010, pero todas las patologías con PCL del 0% y fecha de estructuración al 4 de enero de 2011 de acuerdo con la resonancia magnética tomada como parte de la atención del accidente (CD f.º 274 arch. 1).

El 3 de agosto de 2017 la Nueva EPS emitió un concepto favorable de rehabilitación del demandante, en donde se expuso que por los diagnósticos de trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía (M511) y lumbago no especificado M545, titulados como enfermedades de origen común a tal fecha se había logrado la mejoría médica máxima con un tratamiento curativo pendiente de cirugía de columna vertebral, por tanto se radicó dicho concepto a la ARL Positiva y Colpensiones el 22 y 25 de septiembre siguiente, respectivamente (f.º 341- 345).

El 19 de septiembre de 2017 la Junta Nacional de Calificación de Invalidez profirió dictamen n.º 4179404-12821 por solicitud de la ARL, del que se desprende lo siguiente: *i)* el demandante mostró inconformidad con el porcentaje y el origen de las patologías documentadas, por ende, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá mediante dictamen n.º 172017 del 11 de febrero de 2017 estableció que el lumbago no especificado tiene como origen un accidente de trabajo, una PCL del 0% y fijó como fecha de estructuración al 4 de

enero de 2011, y los diagnósticos denominados otras artrosis especificadas, trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía como enfermedades de origen común; *ii*) el demandante interpuso recursos de reposición y subsidiario el de apelación respecto de *la fecha de estructuración de la enfermedad* y el porcentaje de PCL para ser valorado en forma integral; *iii*) la JRCI no repuso la decisión; *iv*) la JNCI confirmó la decisión apelada con el argumento de que dicha entidad en actuación previa había calificado las patologías lumbares como no relacionadas con el accidente de trabajo del 2 de octubre de 2010 [*sic*] quedando en firme la providencia, por lo que no es procedente revisar nuevamente el origen de las mismas, agregó que la patología de lumbago no especificado (M545) es la única relacionada con dicho accidente de trabajo de la cual no hay secuelas calificables así que es acertado calificarla en 0% y señaló que respecto de la PCL de la patología de origen común lumbar denominada otras artrosis especificadas (M198), radiculopatía (M541), trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía (M511), deberá ser calificado en primera oportunidad para salvaguardar el debido proceso por tanto no estipuló fecha de estructuración conforme lo dispuesto en el lit. b) del art. 40 del Decreto 1352 de 2013 (CD f.º 274 arch. 2).

De f.º 346 y 347 obra un documento emitido por medicina laboral de la Nueva EPS el 22 de agosto de 2019, en donde se le indica al demandante que como el resultado del dictamen de calificación de PCL arrojó un resultado inferior al 50%, da lugar a una incapacidad permanente parcial y a la reincorporación laboral a través de la readaptación y/o reubicación del puesto de trabajo bajo las recomendaciones y/o restricciones respectivas.

En este punto se debe advertir que, la norma aplicable al caso concreto era el Decreto 2566 de 2009 (hoy derogada por el Decreto 1477 de 2014), que si bien no enlista dentro de las enfermedades catalogadas como de origen profesional las patologías del demandante, sí establece la posibilidad de catalogar una enfermedad en tales connotaciones, cuando quiera que se demuestre la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacional, con observancia de los siguientes criterios: *(i)* la presencia de un factor de riesgo causal ocupacional en el sitio de trabajo en el cual estuvo expuesto el trabajador, y *(ii)* la presencia de una enfermedad diagnosticada médicamente relacionada causalmente con ese factor de riesgo.

Empero, como se verifica de las documentales reseñadas, el demandante no allegó una valoración de las vibraciones a las que pudo haber estado sometido en su labor como conductor, ni una descripción detallada de su cargo para saber con exactitud el nivel de manipulación de peso, pues según el mencionado análisis del puesto de trabajo, se puede concluir que el demandante en primer lugar cargaba entre 5 y 20 kg de peso cuando descargaba y cargaba las maletas de pasajeros en el portaequipajes durante 20 o 30 minutos y cada 4 u 8 horas; sin embargo, el perito adujo que el límite máximo permitido para un trabajador es de 50 kg y que estuviera expuesto a esa actividad durante 6 horas continuas, lo que aquí no se da; como tampoco se da el porcentaje de manipulación de peso, porque según lo descrito en el análisis, en el alistamiento de vehículo y transporte de maletas, el demandante podría durar 30 minutos durante todo un mes haciendo cada una de estas labores, lo que arrojó un porcentaje del 6.5% de la jornada laboral mensual, mientras que el perito sostuvo que la exposición máxima permitida es del 50%, por ende, sería un porcentaje superior e importante el que sí tendría una incidencia directa en ese riesgo y una repercusión en el daño estructural a nivel de la columna, según lo manifestado por el perito, quien además al dar lectura a la descripción de las demandas posturales indicadas en tal escrito, señaló que al colocarse un porcentaje del 10% de la jornada frente a las posturas forzadas de cuclillas e inclinaciones de columna significaba que ello se debía hacer ocasionalmente porque la labor de conducción no es estática.

Por lo anterior, tampoco tiene una incidencia general importante o relevante en la alteración de la estructura anatómica de la columna y esos tipos de movimientos allí descritos no indican que estén por fuera de ángulos de confort, como para de allí desprender que exista un nexo causal con una enfermedad de origen laboral, como tampoco lo hay con las posturas sedente y de pie que debía tener el demandante al momento de ejercer sus labores y las labores de montar o desmontar llantas para cambiarlas por el repuesto cuando se pinchan, como lo relató claramente el perito, y además porque por una parte, en el análisis de puesto de trabajo se aduce que la carga en este ítem de aproximadamente 100 kg es asistida y repartida, describiéndose allí que el demandante tenía un compañero que lo relevaba en los viajes programados por la compañía para la cual prestó servicios como conductor. Y por otra parte, esa labor de monte y desmonte de llantas no es rutinaria, así que no hay forma de generar una asociación o un nexo causal entre ese tipo de labor con el desarrollo de la alteración muscular que tuvo el demandante, quien siempre tuvo como

labor principal la conducción de vehículos de servicio público, sin que esas funciones anexas cuenten con el nivel de carga, frecuencia, repetitividad ni tiempo usado dentro de la jornada laboral para considerarlas importantes como para causar el daño físico estructural o alteración anatómica que hoy presenta el demandante, según la fundamentación técnico científica del órgano especializado aquí convocado como perito, apoyado, por supuesto, en los diferentes niveles de evidencia determinados en el referente de calificación y en la amplia experiencia de los miembros que lo conforman, en relación con los síndromes padecidos por la población trabajadora.

Precisamente, en relación con el dictamen emitido por las juntas de calificación de invalidez, debe precisarse que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias CSJ SL3090-2014 CSJ SL 30 ago. 2005 rad. 25505, ha considerado que, si bien el juzgador está en posibilidad de apreciar los medios de prueba conforme a los criterios previstos en el art. 61 del CPTSS, cuando este dictamen esté sujeto al trámite y parámetros previamente establecidos en las normas reglamentarias, este debe ser acogido perentoriamente para fundar su decisión, si no existen otras pruebas que ofrezcan una mejor o mayor convicción de los hechos, por corresponder a la verdad que emerge del proceso.

De manera que, al no existir a la luz del art. 61 del CPTSS, prueba contundente que permita formar el libre convencimiento de los hechos materia de controversia y establecer que el demandante ejercía labores que estuvieran relacionadas con los factores de riesgo que determinan que sus enfermedades fueran ocasionadas en virtud de aquellas, como lo consideró la *a quo*, no es posible modificar el origen de los diagnósticos denominados otras degeneraciones especificadas de disco intervertebral, otros trastornos especificados de los discos intervertebrales y otras artrosis especificadas que fueron calificados como enfermedades de origen común por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en el dictamen n.º 4179404 del 22 de agosto de 2012, debido a la falta de relación de causalidad entre la enfermedad del demandante y las labores de desarrolladas, con la advertencia respecto al porcentaje de pérdida de capacidad laboral que el demandante tendría frente a estas patologías, que debe agotarse el procedimiento respectivo, con el fin de garantizar el debido proceso a las partes intervinientes, dado que el objeto de reparo del actor como paciente de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, fue lo relativo en su momento,

al origen dictaminado en pericia de esta última entidad emitida el 29 de marzo de 2012.

Son estas las razones que llevan a **confirmar** la sentencia consultada. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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 consultada proferida el 19 de noviembre de 2021, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá DC, por las razones expuestas en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

TERCERO: 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://etbcj->

[my.sharepoint.com/:f/g/person/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Ehf1ocdX9KBCuFpgKPRu3MoBncKizHAMN_N4FtsSrpBXHQ?e=6e4Nn9](https://etbcj-my.sharepoint.com/:f/g/person/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Ehf1ocdX9KBCuFpgKPRu3MoBncKizHAMN_N4FtsSrpBXHQ?e=6e4Nn9)

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: **3723610a60f8bc32e621872cb6445db23bb1e59718ed8a13756b725e090109b1**

Documento generado en 30/03/2023 10:27:52 AM

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 **022 2021 00165** 01
DEMANDANTE: MARTHA LUCÍA MARTÍNEZ LARA
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, treinta (30) de marzo 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 Skandia y Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad, respecto de la sentencia proferida el 24 de febrero de 2022, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la ineficacia de su traslado de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad; y que, continúa afiliada al primero en Colpensiones, sin solución de continuidad. En consecuencia, que se ordene a Porvenir devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de su afiliación, como bonos pensionales aportes obligatorios, cuotas de administración y sumas adicionales con frutos e intereses causados; a Colpensiones recibir todos los dineros que le sean trasladados, reactivar su afiliación en el régimen de prima media, y tener en cuenta todo el tiempo

cotizado en el RAIS, validado como semanas cotizadas en el RPM; y, se condene en costas a las demandadas.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expone que nació el 13 de diciembre de 1967, el 1º de mayo de 1993 se afilió al ISS hoy Colpensiones, para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, cotizando 353 semanas en ese régimen hasta el 30 de abril de 2001; que en mayo de ese año empezó a cotizar en la AFP Porvenir, trasladándose al RAIS, en la que es cotizante activa, porque el asesor le dijo que era un fondo más sólido, con mayor rentabilidad y que el seguro social estaba quebrando; que Porvenir en el momento del traslado no le dio información de cuánto sería el capital necesario para pensionarse en el RAIS, y su mesada pensional en ambos regímenes, que dependía de la edad y la de su grupo familiar, si era soltera o casada, la edad de redención de bonos pensionales, los efectos positivos y negativos de afiliarse al RAIS, implicaciones legales y económicas, omitiendo su deber de información y buen consejo, respecto de las consecuencias que se producían con el traslado; que el 14 de diciembre de 2020 le solicitó a Porvenir le hiciera la proyección de su pensión en ambos regímenes; que su mesada pensional en Colpensiones sería mucho mayor que la que le ofrece Porvenir, lo que no le fue advertido en el momento del traslado; y que, en la misma fecha, le solicitó a Colpensiones el traslado del RAIS para afiliarse al RPMPD, entidad que en respuesta le dijo que no era procedente (pág. 5 a 19, arch.001, C001).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 17 de mayo de 2021, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (arch. 003, C001); mediante auto del 20 de enero de 2022 se tuvo por contestada la demanda (arch. 009, C001).

Porvenir se opuso a la totalidad de las pretensiones formuladas; formuló en su defensa las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (págs. 2 a 29, arch. 005, C001).

Colpensiones se opuso a la totalidad de pretensiones, formuló la excepción previa de falta de competencia (reclamación administrativa), que se declaró no probada en la etapa procesal respectiva; e invocó en su defensa las excepciones de mérito 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 (pág. 3 a 46, arch. 006, C001).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio luego de surtirse el traslado dispuesto en el auto proferido el 8 de marzo de 2023, en el que se puso en conocimiento la nulidad presentada por la falta de notificación del auto admisorio de la demanda (archivos 8, 9 y 10, C002).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 24 de febrero de 2022, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solildaridad, acaecido el 30 de marzo de 2001 y que para todos los efectos legales nunca se trasladó y siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. Ordenó a Porvenir trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual, con sus rendimientos, bonos pensionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, la devolución de gastos de administración y valor de primas de seguro previsional, debidamente indexados; a Colpensiones recibir los dineros provenientes de Porvenir SA y efectuar los ajustes en la historia laboral; declaró que Colpensiones puede obtener por vía judicial el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante, así como no probadas las excepciones propuestas; y, condenó en costas a Porvenir.

En síntesis, el juez de primer grado consideró que conforme a las disposiciones pertinentes de selección de régimen pensional, literal b art. 13, 114 y 271 de la Ley 100 de 1993, Decreto 663 de 1993, art. 4 Decreto 656 de 1994, art. 12 del Decreto 720 de 1994, art. 1604 del CC, así como las sentencias CSJ

SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL3719-2021, el deber de información incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva a dar a conocer la existencia del régimen de transición, ventajas y desventajas, la conveniencia y perjuicio al afiliado, sin que importe si el afiliado tiene o no una expectativa legítima, y se invierte la carga de la prueba, correspondiéndole al fondo demostrar si cumplió con el deber de informar y asesorar suficientemente para la validez del traslado de régimen pensional; que el incumplimiento de ese deber se debe abordar desde la ineficacia de traslado en sentido estricto; y que, la sostenibilidad del sistema no se ve afectada porque los aportes serán devueltos con su rendimientos.

Advirtió que en el caso concreto, la AFP incumplió el deber impuesto por el art. 167 del CGP, pues no demostró haber brindado a la demandante al momento de la afiliación información clara, cierta, comprensible y oportuna acerca de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos, y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse en su situación personal; que ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte, y la suscripción del formulario de afiliación no acredita el deber de información pues a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios pero no informado. En consecuencia, advirtió que se configura una violación del deber de información, que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, cuya exigibilidad puede darse en cualquier tiempo; y que, Colpensiones puede reclamar por la vía judicial los perjuicios que se le ocasionen al asumir la obligación pensional de la demandante, sin reservas para ello, por la omisión del fondo.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones controversió la decisión, porque no se aplicó la prohibición legal en la cual se encuentra la demandante, cuya aplicación no extingue sus derechos, sino que salvaguarda el principio de sostenibilidad financiera de los regímenes pensionales; además, que la falta al deber de información no es la real motivación de la parte actora, sino el descontento con el valor de su mesada pensional, que era imposible conocer para la época del traslado.

Porvenir apeló señalando que no se debieron dar los presupuestos para declarar la ineficacia, por encontrarse en la prohibición legal de traslado; que la AFP cumplió con la totalidad de obligaciones previstas por la normatividad para el momento del traslado, y fue con posterioridad que estableció de manera legal y específica la obligatoriedad de las administradoras de brindar esta doble asesoría a los afiliados y además dejar evidencia sobre la información que se le brindaba al momento de la afiliación; que la superintendencia financiera así lo ha conceptuado, que esa obligatoriedad nació a la vida jurídica con el Decreto 2241 de 2010, 10 años después del traslado de régimen efectuado por la demandante.

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 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. 04, C002).

Las partes presentaron alegaciones, reiterando los argumentos expuestos en la demanda, en las contestaciones y en los recursos interpuestos (arch. 05, 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, 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 13 de diciembre de 1967 (pág. 20, arch. 001, C001); **ii)** cotizó a través del Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 1º de mayo de 1993 hasta el 30 de abril de 2001, un total de 353,2 semanas válidas para bono (arch. 007, y pág. 31 arch, 005, C001); y, **iii)** se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir, el 30 de marzo de 2001, en la que se encuentra afiliada (pág. 30 y 68, arch. 005, C001).

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 1º 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, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, 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 Porvenir, desde el 30 de marzo de 2001, en la que se encuentra actualmente afiliada, y si bien en el formulario de vinculación inicial 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 asesorada sobre todos los aspectos del RAIS, y las implicaciones de la decisión*, 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 adocinado 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 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 30 de marzo de 2001, 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, 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, los rendimientos financieros, bonos pensionales, así como primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y

gastos de administración, estos 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), como lo ordenó el a quo, razón por la que se **confirmará** la decisión, 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.

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.

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 24 de febrero de 2022, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá DC, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

¹ CSJ SL1688-2019.

TERCERO: 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



MIDLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Hipervínculo al expediente digital*

<https://etbcsj->

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/ErwhWR3zt0dKja7TsgIYcpMBc_EytzuvX-4tZBu0zTscIg?e=du1lQ8](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/ErwhWR3zt0dKja7TsgIYcpMBc_EytzuvX-4tZBu0zTscIg?e=du1lQ8)

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: **3e79628222f9cecb814fbca78f1f10ad25f3c290d4952854b7859f3b5ee4d15**

Documento generado en 30/03/2023 10:27:53 AM

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 **005 2019 00301 01**
DEMANDANTE: FLOR ÁNGELA FLÓREZ GARCÍA
DEMANDADAS: LA NACIÓN -MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, BOGOTÁ DC, DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA y CONJUNTO DE DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA EXTINTA FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS, HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS E INSTITUTO MATERNO INFANTIL LIQUIDADAS

Bogotá DC, treinta (30) de marzo 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 la demandante contra la sentencia proferida el 26 de enero de 2022, por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare: **i)** que existió un contrato de trabajo a término indefinido continuo e ininterrumpido con la Fundación San Juan de Dios, entre el 25 de junio de 1996 y el 20 de diciembre de 2006, para desempeñarse como Ayudante de Dietas en el Instituto Materno Infantil, por ende, era beneficiaria de las prestaciones sociales convencionales pactadas entre la Fundación y el Sindicato de Trabajadores de Hospitales, Clínicas, Consultorios y Sanatorios de Bogotá DC y en el Departamento de Cundinamarca – Sintrahosclisas; y **ii)** que a partir del 14 de junio de 2005 se presentó una sustitución patronal con la Beneficencia de Cundinamarca, en virtud de la firmeza de una sentencia proferida por el Consejo de Estado.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a las demandadas en forma solidaria al pago de los salarios causados y no cubiertos en su totalidad entre septiembre de 2005 y el 20 de diciembre de 2006, por no habersele reconocido los factores salariales convencionales denominados auxilio de transporte, prima de alimentación y prima de antigüedad, actualizados desde el año 2000 aplicando además, el 18.5% como aumento pactado en la Convención Colectiva pactada en 1998 entre la Fundación y Sintrahosclisas, según los valores relacionados en las pretensiones n° 5ª y 8ª; más la prima proporcional de navidad del año 2006, la reliquidación de las cesantías definitivas causadas a lo largo del vínculo, la reliquidación de los intereses a las cesantías acumuladas a diciembre de 2003 hasta cuando el pago se verifique con la sanción por no pago causada desde el 31 de enero de 2003, las primas de vacaciones causadas entre los años 2001 a 2006, la indemnización moratoria por no pago de los factores salariales denominados primas de navidad y vacaciones, la sanción por no cancelación de las cesantías definitivas, la prima de antigüedad equivalente al 15% del salario básico causada desde septiembre de 2005, los incrementos salariales anuales convencionales causados desde el año 2001, aportes en pensiones causados desde la vinculación a la Institución hasta la terminación de su vínculo computando el tiempo que laboró *interrumpidamente* antes de la firma del contrato a término indefinido y la indexación (págs. 4-7 arch. 3, págs. 2- arch. 7 C01).

Como sustento relevante de sus pretensiones, manifestó que la Fundación San Juan de Dios era un ente privado cuyos estatutos y reglamentos aparecen consignados en los Decretos 290 y 1374 de 1979 y 371 de 1998, por ende contaba con personería jurídica según la Resolución n° 010869 de 1979 expedida por el Ministerio de Salud y se regulaba por las normas del derecho laboral y privado frente a sus trabajadores y pensionados; dicha fundación tenía como actividad principal la prestación de los servicios de salud; prestó servicios a la fundación en el Instituto Materno Infantil entre el 25 de junio de 1996 y el 20 de diciembre de 2006, como Ayudante de Dietas, así que estuvo cobijada por las convenciones colectivas de trabajo que celebró la fundación con SintraHosclisas, como lo es la suscrita el 26 de marzo de 1998 en donde se consagró como beneficios para los trabajadores las primas de antigüedad, de navidad, de riesgos y de vacaciones, así como el auxilio de cesantías, el subsidio familiar, la compensación de vacaciones en dinero y el auxilio de transporte.

No obstante lo anterior, la fundación dejó de pagarle las acreencias reclamadas y salarios a pesar de que ella cumplió sin interrupción la obligación de asistencia a la institución; reclamó administrativamente ante las demandadas las pretensiones incoadas; dentro de una acción de nulidad que se tramitó ante la jurisdicción contencioso administrativa, el Consejo de Estado ordenó la nulidad de los citados decretos de creación, mediante sentencia que adquirió firmeza el 14 de junio de 2005, por ende, al dejar de tener sustento jurídico la Fundación, se impuso su liquidación, conforme el Acuerdo Marco suscrito el 16 de junio de 2006 entre la Procuraduría General de La Nación, el Ministerio de la Protección Social, el Departamento de Cundinamarca y el Alcalde Mayor de Bogotá y los Decretos de Orden Departamentos expedidos por el Gobernador de Cundinamarca el 21 y el 30 de junio del mismo año.

Agregó que el Ministerio de Protección Social desde el año 1979 intervino financiera, administrativa, científica, asistencial y laboralmente a los hospitales de la Fundación; la Corte Constitucional unificó lo relacionado con el amparo de los derechos fundamentales de la fundación a través de sentencia SU-484-2008 y además, mediante sentencia T-121 de 2016 se indicó que solo se considerarían trabajadores particulares quienes hayan prestado servicios en el tiempo en el que la fundación fungió como ente particular y que tengan una situación jurídica consolidada o un derecho adquirido, quienes como ella se encuentran sujetos a las normas consagradas en el CST y la CCT (págs. 7-9 arch. 3, págs. 5, 6 arch. 7 *idem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

Previa subsanación la demanda se admitió el 2 de diciembre de 2019, ordenándose la notificación y traslado a las demandadas (págs.. 1, 2 arch. 8 *idem*), quienes contestaron dentro del término oportuno.

El **conjunto de derechos y obligaciones de la extinta Fundación San Juan de Dios, Hospital San Juan de Dios e Instituto Materno Infantil liquidadas**, se opuso a lo pretendido para lo cual argumentó que si bien existió un vínculo jurídico entre la demandante y la Fundación, obedeció a una relación legal y reglamentaria de libre nombramiento y remoción, por tanto, tuvo la calidad de empleada pública, máxime cuando dentro de su hoja de vida reposan situaciones administrativas de encargo como Ayudante de Dietas Diurna y Auxiliar de Enfermería Diurna, sin ejercer funciones de mantenimiento de la

planta física hospitalaria o de servicios generales, aunado a que se debe tener en cuenta la sentencia proferida el 8 de marzo de 2005 por el Consejo de Estado dentro del proceso 11001032400020010014501, mediante la cual se declaró la nulidad de los Decretos 290 y 1374 de 1979 y 371 de 1998, dejando clara que tanto la Fundación como sus 2 centros hospitalarios eran establecimientos de carácter público. Propuso como excepciones de mérito las denominadas falta de causa, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción que la propuso con carácter mixto (págs.. 1-62 archs. 9, 10 C01).

El **Departamento de Cundinamarca**, contestó con oposición con el argumento de que la Fundación San Juan de Dios y el Instituto Materno Infantil, nunca pertenecieron al Departamento, por ende, la demandante nunca ha sido funcionaria, en todo caso, se debe tener en cuenta lo dispuesto en providencias SU-484-2008, A268-2016 y A-382-2017 de la Corte Constitucional frente a los funcionarios del mencionado instituto; excepcionó de mérito la falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, inexistencia de relación causal con la demandante, inexistencia de sustitución patronal, de subrogación de obligaciones contraídas por la fundación y de la solidaridad del departamento en el pago de las mismas e improcedencia de la aplicación de las convenciones colectivas de trabajo. También propuso como previa la prescripción (págs. 80-107 *idem*).

La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se opuso basándose en la sentencia SU-484-2008 que tiene efectos retroactivos. Propuso como excepciones de fondo las denominadas falta de legitimación en la causa por pasiva y obligaciones emanadas de la citada sentencia frente a dicha Cartera Ministerial, por ende, solicitó su desvinculación (págs. 198-210 *idem*).

Bogotá DC, contestó con oposición a las pretensiones bajo el argumento de que no se configuran los supuestos establecidos en la citada sentencia SU-484-2008, aunado a que el distrito no es representante de la fundación, ni tuvo vínculo alguno con la demandante y propuso excepciones previas y de fondo. Las de mérito las denominó: cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, exclusión de beneficios convencionales a la demandante, no demostración de la calidad de trabajadora oficial, (págs. 214 –227 *idem*, págs. 3-18 arch. 11). Las previas fueron decididas en audiencia del 26 de enero de 2022, donde se declararon no probadas la cosa juzgada y la falta de jurisdicción y competencia, se difirió el estudio de la prescripción para la sentencia, y se admitió

el desistimiento presentado en relación con la falta de legitimación en la causa por pasiva (archs. 13, 14 C01).

La **Beneficencia de Cundinamarca** se opuso a lo pretendido porque es un establecimiento público del orden departamental con personería jurídica autonomía administrativa y patrimonio propio conforme el Decreto 266 de 2016, por ende, no fungió como empleador de la demandante. Excepcionó la falta de legitimación en la causa por pasiva, la inexistencia de relación causal con la demandante, la intervención del Ministerio de Salud y de la Superintendencia de Salud sobre la Fundación San Juan de Dios, falta de causa, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y prescripción (págs. 317-328 archs. 9, 10 C01).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (pags. 29, 30 arch. 8 C01).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 26 de enero de 2022, declaró probada la excepción denominada no demostración de la condición de trabajadora oficial de la demandante; en consecuencia, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra, sin costas para las partes, tras considerar que la demandante debió acudir ante los juzgados administrativos con el fin de que definieran de fondo sus derechos laborales en condición de empleada pública, pues las vinculaciones que se dieron entre los ciudadanos y la Fundación San Juan de Dios y sus 2 centros de salud hospitalaria sufrieron consecuencias a partir de la sentencia del Consejo de Estado proferida el 8 de marzo de 2005, dado que declaró la nulidad de las normas que les otorgaron el carácter de particular a tales instituciones con efectos *ex tunc* , es decir desde siempre; por ende, todo vuelve a su estado original.

Así que al haberse declarado que el Instituto Materno Infantil siempre había sido un establecimiento público de orden departamental, la demandante nunca estuvo vinculada a una empresa particular, y ostentó la calidad de empleada pública, dado que no se dedicó al sostenimiento de obras públicas, ni fue trabajadora de la construcción, tampoco estuvo asignada a un cargo no directivo destinado al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, pues los cargos que desempeñó fueron el de Ayudante de

Dietas Diurnas y Auxiliar de Enfermería.

Bajo este rasero, consideró que no podría pronunciarse respecto de las pretensiones de la demanda. En gracia de la discusión, señaló que de tenerse en cuenta los tiempos establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia SU-484-2008 para reclamar los derechos laborales, los aquí reclamados se encontrarían prescritos, con la advertencia de que en todo caso, los aportes a seguridad social en pensiones de la demandante causados entre los años 1997 y 2005, se normalizaron el 17 de abril de 2012, es decir, antes de la expedición de los autos de seguimiento de dicha decisión constitucional como se registra en la historia laboral actualizada (archs. 13, 14 C01).

IV. RECURSO

La **demandante** argumentó que la Fundación San Juan de Dios fue creada por los Decretos 290 y 1374 de 1979 como una entidad de derecho privado y como tal, ejecutó actos hasta cuando se profirió la sentencia del Consejo de Estado el 8 de marzo de 2005, por ende, dichos actos gozan de presunción de legalidad hasta que una autoridad competente declare lo contrario; si bien dicha sentencia que declaró la nulidad de los actos de creación de la fundación tiene efectos *ex tunc* lo cierto es que no se puede ir en contra de derechos adquiridos de los trabajadores, por ende, mientras no se declaró esa nulidad, las personas vinculadas a la fundación tenían el carácter de empleados privados, dado que entre el año 1974 y el 15 de junio de 2005 los decretos de creación permanecieron vigentes. Por ello, al tener la calidad de trabajadora privada, sí tenía derecho a las prestaciones convencionales, independientemente de que hubiera sido trabajadora oficial o no porque no le aplica esa distinción, aunado a que en la demanda se solicitó no tener en cuenta su declaratoria de insubsistencia para poner término legal e idóneo al contrato de trabajo de carácter privado que suscribió, así que este último persistía hasta que legalmente no se hubiera declarado terminado.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 20 de octubre de 2022 se admitió el recurso de apelación; 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).

Las demandadas Fundación San Juan de Dios, Beneficencia y Departamento de Cundinamarca, presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en las contestaciones a la demanda (archs. 5-8, 13 *idem*).

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 la demandante puede ser considerada como trabajadora del sector privado cuyo empleador fue la Fundación San Juan de Dios, tras haber prestado sus servicios en el Instituto Materno Infantil, para así verificar la viabilidad de las pretensiones incoadas en la demanda.

Desde ya adveirte la Sala que, a la recurrente no le asiste razón, por cuanto dentro del proceso de acción de nulidad con rad. 11001032400020010014501, la Sala Plena del Consejo de Estado dictó sentencia el 8 de marzo de 2005, mediante la cual declaró la nulidad de los Decretos 290 y 1374 de 1979 y 371 de 1998 que le otorgaron al Instituto Materno Infantil el carácter de fundación, persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro, por falta motivación, dado que la Fundación San Juan de Dios *“nunca gozó de los atributos propios de las personas morales pues, válidamente ello nunca se reconoció así, ni tampoco gozó de personería jurídica o autonomía”*.

Esa decisión quedó ejecutoriada el 14 de junio de 2005 y tal como lo sentenció el Máximo Órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa, tiene efectos *ex tunc*, esto es antes de proferirse la decisión con impacto desde la fecha de expedición de los actos administrativos anulados, más no *ex nunc* desde el momento en que se expidió la decisión, así como también reiteradamente lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras, en sentencias CSJ SL5170-2017, CSJ SL4951-2019 y SL4335-2021.

Así las cosas, el haberse declarado esa nulidad, tiene como consecuencia jurídica que tales decretos se entienden retirados del ordenamiento jurídico desde su nacimiento por la autoridad jurisdiccional investida de competencia para hacerlo y debido a que las cosas se retrotraen a su estado anterior, ya que

desde su expedición estaban viciados, así que desaparece el velo de su aparente legalidad, sin vocación de generar efecto jurídico alguno (CE 2 abr. 2009 rad. 11001032800020070003600). De manera que esa consecuencia, también recae en la naturaleza jurídica del Instituto Materno Infantil, por ende, contrario a lo que considera la apelante, no puede ser considerado como una fundación de carácter privado ni como una persona jurídica independiente, sino que retornó a la Beneficencia de Cundinamarca, la cual tiene la calidad de establecimiento público del orden departamental y adscrita a la Secretaría de Salud como prestadora de servicios médicos asistenciales, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente.

Lo anterior tiene como fundamento las mismas consideraciones expuestas por el Consejo de Estado en la reseñada providencia, por cuanto estableció que a pesar de no haberse demandado en aquella acción la Resolución n.º 10869 de 6 de diciembre de 1979 del Ministerio de Salud, mediante la cual se le reconoció personería jurídica a la Fundación, el hecho de haberse declarado nulos los actos administrativos acusados, hace que pierda a su vez fuerza ejecutoria la citada resolución en virtud de lo previsto en el entonces vigente num. 2º del art. 66 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 1º de 1984), hoy num. 2º del art. 91 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), en la medida en que sus fundamentos fácticos y jurídicos dejaron de subsistir y no se trata de un acto administrativo complejo, al no requerir para su expedición el concurso de varias voluntades, sin que ello demande un pronunciamiento judicial, pues opera de pleno derecho.

Como consecuencia de ello, la pluricitada sentencia claramente tiene injerencia en la naturaleza de la vinculación de las personas que prestaron servicios al Instituto Materno Infantil, en la medida en que resultan siendo, por regla general, empleados públicos y, por excepción, trabajadores oficiales, estos últimos, en caso de que haya desempeñado cargos no directivos destinados al mantenimiento de la plana física hospitalaria, o de servicios generales, de conformidad con los arts. 5º del Decreto 3135 de 1967 y 26 de la Ley 10 de 1990, al pertenecer la institución a la Beneficencia de Cundinamarca. De ahí que la demandante no pueda ser considerada como una trabajadora del sector privado tras prestar sus servicios al Instituto Materno Infantil en calidad de Ayudante de Dietas Diurna, Auxiliar de Enfermería y de Auxiliar de Farmacia Diurna, entre el 25 de junio de 1996 y el 20 de diciembre de 2006 conforme con el contrato de trabajo, las certificaciones adosadas y lo contestado por el conjunto de derechos

y obligaciones de la extinta Fundación San Juan de Dios, Hospital San Juan de Dios e Instituto Materno Infantil liquidadas, a las pretensiones n° 8 a 11 y a los hechos n° 8 y 11 (págs.. 30-35 arch. 3, págs. 1-62 arch. 9 C01), con la advertencia de que lo solicitado por la apelante, relacionado con que no se tenga en cuenta su declaratoria de insubsistencia para dar por terminada su vinculación, resulta ser una pretensión y situación fáctica nueva respecto de la que carece de competencia la Sala, y de la que las entidades convocadas no tuvieron la oportunidad procesal correspondiente para pronunciarse al respecto.

Nótese además que con base en lo afirmado por la demandante en su interrogatorio de parte, se puede concluir que no ejecutó actividades que tuvieran una relación directa con el mantenimiento de la planta física hospitalaria o con la de servicios generales, para ser considerada como trabajadora oficial, pues principalmente llevó a cabo labores de colaboración asistencial para otros profesionales de la salud como médicos, nutricionistas y dietistas, dado que tenía conocimiento y debía seguir los lineamientos y protocolos respectivos acerca de las distintas dietas y alimentos que se le debían suministrar a cada paciente según la patología que padecían; de manera que no podría tampoco considerarse como una trabajadora oficial, sino una empleada pública desde siempre, es decir desde el inicio de su vinculación, como acertadamente lo consideró el *a quo*, máxime porque la naturaleza de las relaciones laborales de los servidores públicos es un asunto reglado por la ley, que no puede ser variado por la voluntad de las partes (CSJ SL20013-2017), así que, ninguna relevancia tendría probar que la actora se vinculó con un contrato de trabajo o se benefició de una convención colectiva, que dicho sea de paso, no se anexó.

Ahora, en lo que tiene que ver con los derechos adquiridos, ha de indicarse que incluso la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que frente a este tipo de situaciones como la que aquí se ventila, es decir, al declararse la nulidad de los actos administrativos generales con efectos *ex tunc*, ello incide en las situaciones que se encuentran en discusión ante las autoridades administrativas o jurisdiccionales, pero no en situaciones consolidadas durante el tiempo en que rigió el acto administrativo que en su momento gozó de presunción legalidad (CSJ SL3363-2020, CSJ SL679-2020).

No obstante, como lo que se solicita dentro del presente proceso es la inclusión como factor salarial de los beneficios convencionales denominados auxilio de transporte, prima de alimentación y prima de antigüedad, para así

reliquidar las acreencias laborales y aportes a seguridad social en pensiones a las que tuvo derecho en su momento, así como el pago de las primas proporcionales de navidad, las primas de vacaciones, el reajuste e incrementos salariales anuales con base en la CCT suscrita el 26 de marzo de 1998 entre la Fundación San Juan de Dios y la organización sindical Sintrahosclisas, que se reitera no fue aportada, ello de ninguna manera puede entenderse como un derecho adquirido o una situación consolidada dentro del tiempo en el que rigieron los Decretos 290 y 1374 de 1979 y 371 de 1998 y antes de la sentencia proferida por el Consejo de Estado, que deba ser respetada como parece entenderlo equivocadamente la apelante, pues incluso como ahora, tal situación se encontraba en debate con anterioridad a la expedición de la aludida providencia, sin que la parte actora hubiera corrido con la carga probatoria establecida en los arts. 164 y 167 del CGP para acreditar lo contrario. Por tanto, no es procedente entrar al estudio de tal aspecto y ordenar el reconocimiento y pago de las acreencias aquí pretendidas.

Así lo ha adoctrinado nuestro Máximo Órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en procesos de similares connotaciones al que aquí se ventila, al señalar que los incrementos convencionales del 18.5% al salario base y la consecuente afectación en primas y otros derechos extra legales que solicitan las personas que fueron vinculadas a la Fundación San Juan de Dios y sus 2 centros hospitalarios, esto es, el Hospital San Juan de Dios y el Instituto Materno Infantil, no pueden ser analizados por los operadores judiciales, porque estas acreencias se encontraban en debate antes de proferirse la sentencia del Consejo de Estado, precisamente por estar en discusión la validez de las convenciones colectivas surtidas al interior de tales entidades (CSJ SL679-2020, SL5170-2017), lo que también se encuentra a tono con lo dispuesto por la Corte Constitucional en providencias CC A-268-2016 y CC A-382-2017 expedidas para el seguimiento de la sentencia CC SU-484-2008, última en la que además se condicionaron los efectos de la naturaleza jurídica de la fundación, a todos los trabajadores cuyas relaciones de trabajo hayan tenido como causa un contrato de trabajo o un nombramiento y posesión, con la única excepción de aquellos que ya hayan obtenido por vía judicial, a través de procesos de tutela o de procesos laborales, el reconocimiento de acreencias y derechos laborales y de la seguridad social, situación que aquí se reitera, no fue acreditada por la interesada.

Son estas las razones que llevan a **confirmar** la sentencia 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: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida el 26 de enero de 2022, por el Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá DC, por las razones expuestas en las consideraciones de esta decisión.

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

TERCERO: 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/EuqE0oSF3sVJi4yqK9tT8QIBBNn4IBC6TCLjWgf86MxVQA?e=RvcvY9](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EuqE0oSF3sVJi4yqK9tT8QIBBNn4IBC6TCLjWgf86MxVQA?e=RvcvY9)

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: **36250aa1514806b3459a47fb57be81ffdde5d29eb97276bf41714e020d032028**

Documento generado en 30/03/2023 10:27:40 AM

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 **029 2021 00405 01**
DEMANDANTE: MARTHA CECILIA QUINTERO GÓMEZ
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN SA

Bogotá DC, treinta (30) de marzo 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 dicha entidad, respecto de la sentencia proferida el 12 de agosto de 2022, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare que la AFP Protección incumplió con su deber legal de información al no brindarle una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa sobre las características y consecuencias del traslado de régimen pensional, en consecuencia, se declare ineficaz la afiliación al RAIS efectuada a dicho fondo, y se condene al mismo, a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital depositado en la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus

propias utilidades, sin efectuar ningún descuento y a la última entidad, a activar su afiliación en pensión y recibir los conceptos trasladados.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que inició sus aportes a pensión a través del RPM; que el 3 de junio de 1994, se trasladó a la AFP Colmena hoy Protección SA, quien no le informó de forma clara y comparativa las diferencias entre el RPM y el RAIS, así como las ventajas y desventajas respectivas; y, que elevó reclamo ante las demandadas (págs. 1 a 11, arch. 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 15 de octubre de 2021, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (arch. 5).

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones mérito que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derecho por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe e imposibilidad de condena en costas (págs. 2 a 15, arch. 9).

Protección SA contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, 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 la prima del 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. 2 a 22, arch. 11).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, debidamente notificada, guardó silencio (arch. 8).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 12 de agosto de 2022, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante a la AFP Colmena el 3 de junio de 1994, efectivo desde el 1º de julio de 1994, y que la promotora del proceso siempre permaneció en el RPM. En consecuencia, ordenó a la AFP Protección devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de Martha Cecilia Quintero Gómez, por concepto de cotizaciones y rendimientos, concediendo para el efecto el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria del fallo. Así mismo, le ordenó a Colpensiones recibir todos los valores trasladados por el fondo privado.

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 consciente; que el deber de información no se suple con la declaración contenida en el formulario, el que solo demuestra el consentimiento pero no que fue informado, carga de la prueba que corresponde a la AFP; que conforme a las pruebas evacuadas en el proceso, la AFP Protección no cumplió con la carga de la prueba del deber de información; y que no obraba en el plenario prueba documental o testimonial del cumplimiento de tal deber a cargo de la AFP. Ordenó trasladar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones, incluidos los aportes y rendimientos, sin embargo, en relación con los gastos de administración consideró que los mismos se encuentran previstos para ambos regímenes, por lo que no dispuso su devolución.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones inconforme con la decisión, manifestó que debe disponerse el reintegro a ese ente de lo que corresponde a los descuentos por seguros previsionales y gastos de administración, de acuerdo con el criterio sentado sobre el particular por la Corte Suprema de Justicia.

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 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 presentó las alegaciones solicitando que se confirme el fallo de primera instancia (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 19 de junio de 1963 (pág.15 arch. 1); **ii)** cotizó a través del Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 6 de mayo de 1988 hasta el 20 de julio de 1992 un total de 154,14 semanas (pág. 75, arch. 1); y, **iii)** se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colmena hoy Protección, el 3 de junio de 1994, vinculación que se hizo efectiva desde el 1º de julio de 1994 (págs. 23 y 82, arch. 11), y allí 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 1º 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, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, 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 desvirtuarse 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 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 hoy Protección, efectivo desde el 3 de junio de 1994, AFP 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, 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 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 3 de junio de 1994, con su afiliación a la AFP Colmena hoy Protección.

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, se **adicionará** el numeral **segundo** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar a la AFP Protección, la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados por la *a quo*, junto con los bonos pensionales, 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.

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 la jueza 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 **segundo** de la sentencia proferida el 12 de agosto de 2022, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección SA**, deberá devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados con ocasión de la vinculación de la demandante a esa AFP, los bonos pensionales, 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 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://etbcj->

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EnsFufGGf8tIuRupKTZQHmEBwbhnHAkYLS7S7tZ6abkjCA?e=Js6uvV](https://etbcj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EnsFufGGf8tIuRupKTZQHmEBwbhnHAkYLS7S7tZ6abkjCA?e=Js6uvV)

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: **a07942a86d8ef217309ae9118237f8110011b2962a89dea245616463a9f6e0c2**

Documento generado en 30/03/2023 10:27:59 AM

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 **033 2021 00461 01**
DEMANDANTE: JORGE ENRIQUE HURTADO CALDERÓN
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA

Bogotá DC, treinta (30) de marzo 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 Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de los puntos no apelados y discutidos en la sentencia proferida el 10 de agosto de 2022, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la ineficacia de la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada a Protección SA; en consecuencia, se condene a este fondo a trasladar a Colpensiones el saldo de su cuenta de ahorro individual, junto con los gastos de administración y rendimientos financieros; y, se condene a Colpensiones a aceptarlo en el RPMPD como si nunca se hubiera trasladado (págs. 3, 4 arch. 2 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que ha laborado para distintos empleadores, tanto en el sector público como en el privado, desde el 28 de enero de 1985, siendo inicialmente afiliado al extinto ISS; el 1° de julio

de 2002 se vinculó con Protección SA, debido al sinnúmero de asesores comerciales que lo visitaron para la captación de su respectiva afiliación, sin que tuvieran un conocimiento idóneo en temas de seguridad social, por ende, no le informaron cuáles eran las diferencias entre uno y otro régimen pensional, ni las ventajas, riesgos o beneficios, tampoco le efectuaron una simulación o comparación en relación con el monto de la mesada que hubiera podido tener en cada régimen; nunca manifestó por escrito su intención de trasladarse al tenor de lo dispuesto en el art. 11 de la Ley 100 de 1993; el 19 y el 31 de agosto de 2021 solicitó a Protección SA su desvinculación y a Colpensiones su afiliación al RPMPD; la permanencia en el RAIS desfavorece su poder adquisitivo, dado que se le reconocería una pensión equivalente a un 60% del valor aproximado que podría recibir en el RPMPD (págs. 1-3 *idem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 28 de febrero de 2022, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (arch. 3 C01), quienes dieron respuesta en término oportuno.

Colpensiones presentó oposición a lo pretendido. En su defensa propuso como excepciones las de errónea e indebida aplicación del art. 1604 del CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, 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. 3-45 archs. 5, 7 *idem*).

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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración o la prima de seguro previsional cuando se declara la ineficacia de la afiliación y afectación de derechos de terceros de buena fe (págs. 2-23 archs. 6, 7 *idem*).

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia concentrada celebrada el 10 de agosto de 2022, profirió sentencia en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS el 10 de mayo de 2002, a través de la AFP Santander Pensiones y Cesantías, luego ING, hoy Protección SA, a quien le ordenó trasladar a Colpensiones todos los saldos de la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como aportes, bonos pensionales, gastos de administración, intereses y rendimientos financieros; condenó a Colpensiones a aceptar al actor como válidamente afiliado al RPMPD y recibir los valores trasladados para integrar en su totalidad la historia laboral del demandante; declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso costas a cargo de Protección SA.

Consideró que debido a que el consentimiento dado por el demandante, ante Pensiones y Cesantías Santander hoy Protección, no fue informado, le asiste derecho a regresar al RPMPD; y, como quiera que la AFP no demostró haber brindado una información necesaria y transparente al demandante, no quedaba más que declarar la ineficacia del traslado entre regímenes, y en consecuencia, ordenar la devolución de los aportes realizados al RAIS, junto con los efectos que dicha declaratoria tiene (archs. 12, 13 C01).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones señaló que no se acreditó que el demandante hubiera sufrido algún tipo de engaño por parte de la AFP, aunado a que admitió en el interrogatorio de parte que no efectuó reclamación alguna al fondo privado, por ende, se encontraba de acuerdo con el servicio que le prestó la AFP; además, el demandante no puede regresar al RPMPD porque se encuentra en la limitante establecida por el art. 13 de la Ley 100 de 1993, dado que le faltan menos de 10 años para cumplir la edad mínima pensional, por ende, no reúne los requisitos para que opere el traslado de régimen pensional.

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).

El demandante y Colpensiones presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la demanda, su contestación y los recursos (archs. 6, 7 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 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 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.

No fue objeto de discusión y se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 16 de febrero de 1963 (pág. 39, arch. 2 C01); **ii)** cotizó al extinto ISS entre el 18 de enero de 1982 y el 30 de abril de 1998 un total de 92.43 semanas (págs. 37, 38 arch. 2); **iii)** el 10 de mayo de 2002 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Pensiones y Cesantías Santander, hoy Protección SA, con fecha de efectividad desde el 1º de julio de 2002 (págs. 24, 42, 44 arch. 6), administradora en la que actualmente se encuentra afiliado con un total de 1104 semanas, conforme reporte del estado de cuenta y la historia laboral consolidada emitidos por Protección SA el 12 de abril de 2022 (págs. 23-36 arch. 2, págs. 25-41, 45-59 arch. 6 *idem*).

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. 1º 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, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, 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 desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”

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 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 Pensiones y Cesantías Santander hoy **Protección SA**, el 10 de mayo de 2002 con efectividad a partir del 1º de julio de esa anualidad, AFP a la que se encuentra actualmente afiliado, y si bien en el formulario de vinculación n.º 0732532 (pág. 44 arch. 6 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 Pensiones y Cesantías Santander hoy 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 el demandante el 10 de mayo de 2002 con su afiliación a la AFP Pensiones y Cesantías Santander, efectiva desde el 1º de julio de esa anualidad (págs. 24, 42, 44 arch. 6 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.

Por lo expuesto, se **modificará** y **adicionará** el numeral **tercero** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar a la AFP Protección SA, la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados por el *a quo*, junto con las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las comisiones, todos estos valores debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, con la discriminación y detalle de los valores a devolver.

Respecto a 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 **tercero** de la sentencia proferida el 10 de agosto de 2022, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA**, deberá devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados con ocasión de la vinculación del demandante, las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las comisiones, todos ellos 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.

¹ CSJ SL1688-2019.

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



MIDLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado



MARCÉLIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcj->

my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EpS3P-g-SKpNp6TvmLgmUuMB0_EtKJyPMWzyQUnkN4LBFg?e=813CyI

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: **a33fcc43256e811bd3508680492a158437dc3a931fe4dafca2f57f7254f746ed**

Documento generado en 30/03/2023 10:28:02 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>