



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 05 037 2021 00270 01
DEMANDANTE:	ROSAURA ÁVILA SANTANDER
DEMANDADAS:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, veinticuatro (24) de julio 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 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 la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2022, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la ineficacia de la afiliación y traslado efectuado el 1º de octubre de 2001, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir SA; en consecuencia, se ordene a dicha entidad devolver a Colpensiones todas las sumas a favor de la demandante, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el art. 1746 del CC (pág. 5, arch 1, C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 6 de diciembre de 1961, trabajó desde el 17 de mayo de 1993 hasta la fecha; que hasta el 30 de septiembre de 2001 cotizó un total de 61 semanas en Colpensiones, y actualmente cuenta con mas de 1271 semanas cotizadas entre el RPM y RAIS; para el 1º de octubre de 2001 fue vinculada a Porvenir, fondo que le omitió información sobre las ventajas y desventajas, sin que exista constancia alguna o anexo de que a la demandante le fue suministrada la información relevante y pertinente de cual sería el monto pensional en los dos regímenes; que no se le informó la edad de pensión, el monto de su mesada, que no dependía del ahorro individual, sino del tiempo acumulado y el salario base de cotización, y del mercado financiero; que le vendieron la idea de que el Instituto de los Seguros Sociales se iba a quebrar lo que le ocasionaría la pérdida de sus aportes; que el fondo no obró en consonancia con el principio de eficiencia que informa el Sistema de Seguridad Social, al tenor del literal a) del art. 2º de la Ley 100 de 1993; y que, durante su periodo de cotizaciones no recibió asesoría alguna por el personal capacitado que deben tener las administradoras de pensiones.

Por último, indicó que cuenta con los requisitos para obtener su pensión, por lo que le solicitó a Porvenir el 15 de septiembre de 2020 una proyección de la misma, la cual mediante escrito del 2 de octubre de 2020 simuló la pensión por valor equivalente al salario mínimo, no obstante según los cálculos del RPM devengaría aproximadamente la suma de \$2.370.000 (págs. 2 – 5, arch. 1, C01)

II. TRÁMITE PROCESAL

Admitida la demanda mediante auto del 9 de julio de 2021, se ordenó su notificación y traslado a las demandadas (arch. 4, C01) quienes dieron respuesta en término oportuno.

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones; propuso excepciones que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, aplicación del precedente Sentencia SL 373 del 2021, el error de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas (págs. 21 – 23, arch. 7, C01)

Porvenir SA, se opuso a todas y cada una de las pretensiones; formuló las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido y buena fe (págs. 27 - 29, arch. 15, *idem*).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (arch. 11, *idem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 6 de septiembre de 2022, profirió sentencia en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS, encontrándose válidamente afiliada al RPMPD; le ordenó a la AFP Porvenir SA, transferir a Colpensiones el saldo total de su cuenta individual de ahorro, junto con los gastos de administración; declaró no probadas las excepciones y se abstuvo de condenar en costas (arch. 17, C01).

Consideró que en este asunto, en aplicación del criterio jurisprudencial, no se encontraba probado que el fondo de pensiones privado hubiera suministrado a la demandante la información pertinente al momento de celebrar el acto jurídico de traslado de regímenes pensionales, para considerar que el mismo fue válido y eficaz, así como tampoco, que lo hubiera hecho luego de llevar a cabo la afiliación, en ese orden de ideas advierte que no se acreditó haber cumplido el deber de información esencial para la validez del traslado entre regímenes pensionales por la cual declaró la ineficacia del acto jurídico del traslado (*idem*).

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones, señaló que el deber de información se intensificó con la expedición de la Ley 1328 de 2009, por lo que, para los actos celebrados antes de la misma, no es dable requerir a los fondos privados formalidades y la asesoría previa. Expuso que aunque la demandante asegura que el incumplimiento del deber de información radicó en que no se le explicaron las ventajas y desventajas de cada régimen, esas situaciones se encuentran consignadas en la Ley 100 de 1993, que al ser de alcance nacional, es de conocimiento de todos los ciudadanos desde su promulgación en los términos del art. 11 del CC, por lo que no es dable alegar su ignorancia como excusa,

más aun cuando el gestor de forma libre y voluntaria suscribió el formulario de vinculación a Porvenir; que tampoco se probó vicio del consentimiento, ni asalto en la buena fe al momento del traslado y que cuando este se surtió era imposible predecir los ingresos base de cotización sobre los cuales iba a aportar el promotor del proceso al sistema, para calcular una futura mesada pensional, más aún si se tiene que solo había cotizado 61 semanas al RPM.

Dijo que la decisión apelada impacta la reserva del sistema pensional, con lo que se desconoce el principio de sostenibilidad financiera, teniendo en cuenta la variación porcentual de la destinación del aporte en ambos regímenes pensionales, lo que generaría una carga a los demás afiliados del RPM quienes tendrían que soportar el eventual reconocimiento de una pensión en favor del gestor, a pesar de que aquel no ha construido su derecho en ese sistema, lo que se deriva, igualmente, en el menoscabo del patrimonio de esa entidad.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 16 de enero de 2023 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, Colpensiones y Porvenir SA presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la demanda, su contestación y el recurso (arch. 6, 8 y 10, C02).

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, razón por la cual, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez

de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 60 y 61 del CPTSS.

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

VII. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 6 de diciembre de 1961 (pág. 16, arch. 1, C01); **ii)** cotizó al extinto ISS entre el 17 de mayo de 1993 y el 31 de julio de 1996 un total de 40.29 semanas (pág. 55, arch. 7, *idem*); **iii)** el 22 de julio de 1996 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Colpatria (pág. 31, arch. 13, *idem*); **iv)** el 19 de enero de 2000 se trasladó a

la AFP Porvenir (págs. 32 y 75, arch. 13, *idem*); **v)** el 10 de agosto de 2001 se trasladó a la AFP Horizonte, hoy AFP Porvenir (págs. 33 y 75, arch. 13, *idem*), última administradora a la que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1273.1 semanas cotizadas conforme las historias laborales consolidadas y la certificación emitidas por la mencionada AFP el 22 de noviembre de 2020 (págs. 35-52, arch. 13; 148-173 arch. 1).

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

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

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

El inc. 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, 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 la **AFP Colpatría**, hoy **Porvenir SA**, el 22 de julio de 1996, 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 supe en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

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

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto

de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

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

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

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir, antes Colpatria, que hubiere suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 22 de julio de 1996 con su afiliación a la AFP Colpatria, hoy Porvenir.

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

pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ sentencias SL1022-2022, SL1017-2022, SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Por lo expuesto, se **modificará** y **adicionará** el numeral **segundo** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar que la AFP Porvenir SA, efectúe la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados por el *a quo*, junto con los bonos pensionales si los hubiere, así como las primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y comisiones, éstos 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»*”, 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 6 de septiembre de 2022, por el Juzgado 37 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 de la demandante a esa AFP, los bonos pensionales, así como las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o gastos de administración, 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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EqFcGE6jTixBgmZ--vst-RQBFriUGtVu1HZlQxHuKsurRQ?e=eHL9g4

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: **f84e07dc7e0225b36bf5bfa8a2d7e3202d9b14b87361d9a8dc6d757850d26a54**

Documento generado en 04/08/2023 10:04:04 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 05 036 2020 00258 01
DEMANDANTE:	CLAUDIA YANETH CARRASQUILLA ZAPATA
DEMANDADAS:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A

Bogotá DC, veinticuatro (24) de julio 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 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 la sentencia proferida el 31 de octubre de 2022, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare que el acto jurídico a través del cual se afilió en agosto de 1998 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Protección SA, se encuentra viciado en su consentimiento toda vez que no fue informada en debida forma de las implicaciones del traslado de régimen pensional; en consecuencia, solicita se condene a Protección SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros y los gastos de administración, y a Colpensiones a recibirla en el régimen de prima media con prestación definida. (pág. 3 arch. 03 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que estuvo afiliada para los riesgos de IVM en el Instituto de los Seguros Sociales desde 1989; que el 14 de agosto de 1998 se trasladó a Protección SA en donde se encuentra afiliada. Adujo que al momento de la afiliación a Protección SA, no se le brindó una asesoría oportuna, ni se le informaron las condiciones con las que se pensionaría, omitiendo darle la información necesaria, comprensible, suficiente y objetiva sobre las características y consecuencias del traslado de régimen pensional (págs. 1-2 *ídem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, el 12 de noviembre de 2020, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (arch. 05 C01), quienes dieron respuesta en término oportuno.

Protección SA, se opuso a lo pretendido por considerar que brindó a la demandante una asesoría de manera suficiente, completa y veraz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, y aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones (arch. 13 C01)

Colpensiones presentó oposición a lo pretendido, indicando que los múltiples traslados entre regímenes a partir de declaratorias de nulidad afectan la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones. En su defensa propuso como excepciones las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional e sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción (arch. 24 C01).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (Págs. 64-65 arch. 08 C01).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 31 de octubre de 2022, profirió sentencia en la que declaró la ineficacia del traslado que hizo la demandante con efectividad del 1º de octubre de 1998 y condenó tanto a Protección SA a trasladar a Colpensiones los recursos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la accionante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas; ordenó a Colpensiones recibir e imputar a la historia laboral los aportes; declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

Consideró que debido a que Protección SA, no aportó ningún elemento de juicio que permitiera entrever que a la demandante se le suministró la información necesaria, clara y objetiva, para que la decisión de afiliarse a dicha entidad realmente fuera transparente, pues más allá del formulario de vinculación, no obraba prueba de que el gestor conociera cuáles eran las características del RAIS y sus diferencias con el RPM, de manera que aquel pudiera tomar una decisión consciente, en atención a todas las opciones que existían en el mercado, precisando que no es necesario demostrar un perjuicio o menoscabo económico para que proceda la ineficacia del traslado y que en todo caso, la sola firma del formulario de afiliación no exime ni es indicativa de que el afiliado recibió información suficiente, por lo que concluyó la procedencia de las pretensiones de la demanda (archs. 36 y 37 C01).

IV.RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones señaló que no se acreditó la falta de información o la existencia del vicios del consentimiento que permitan invalidar el traslado de régimen, pues la demandante admitió en el interrogatorio de parte que realizó el traslado en forma libre y consciente, por ende, se cumplió con el deber de información que para la época se exigía, dado que no era necesario realizar simulaciones o proyecciones pensionales, teniendo en cuenta que las prestaciones que se reconocen en el RAIS varían de acuerdo con los aportes de

cada afiliado, su IBC, rendimientos, aportes voluntarios y demás fluctuaciones del mercado; en todo caso, cualquier falta de asesoría se encontraría saneada con el paso de los años porque la actora por más de 25 años ha estado aportando al RAIS en forma continua.

Agregó que la demandante actuó en forma negligente y con ello afecta el principio de sostenibilidad financiera de la entidad, sin que pueda considerársele como parte débil en el negocio cuando no hizo un mayor esfuerzo por demostrar la nulidad o la ineficacia de su traslado en los términos alegados en la demanda y su única inconformidad es que las condiciones pensionales que obtendría en el RAIS se contraponen a sus expectativas económicas. De otro lado, solicitó que en caso de confirmarse la decisión, sea exonerada del pago de costas pues la oposición que ha ejercido en el proceso es en uso de su derecho a la defensa y contradicción.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 16 de enero de 2023 se admitió el recurso de apelación 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).

En tal sentido, presentó sus alegaciones la demandada Colpensiones, reiterando los argumentos expuestos en el recurso interpuesto. (archs 06 C02).

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, razón por la cual, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto 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.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 16 de abril de 1967 (pág. 3 arch. 04 C01); **ii)** cotizó al régimen de prima media con prestación definida desde el mes de marzo de 1989, hasta agosto de 1998 (pág. 2 arch. 30 C01); **iii)** el 20 de agosto de 1998 suscribió formulario de afiliación al RAIS administrado por la AFP Protección SA, con fecha de efectividad desde el 1º de octubre de esa anualidad (págs. 36 y 40 arch. 13 C01), administradora en la que actualmente se encuentra afiliada, contando con un total de 1249.71 semanas de cotización (Págs. 42-66 arch. 13 C01).

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, norma que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

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

«Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.»

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

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

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Protección SA, el 20 de agosto de 1998, AFP a la que se encuentra actualmente afiliada, y si bien en el formulario de vinculación n.º 9895349 (pág. 36 arch. 13 C01) se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, 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 supe en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la

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

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

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

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

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

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Protección SA, que hubiere suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó 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 20 de agosto de 1998 con la suscripción del formulario de vinculación a la AFP Protección SA,

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se

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

Por lo expuesto, se **adicionará** el numeral **segundo** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar que la AFP Protección SA efectúe la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados por la *a quo*, de los cuales las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las comisiones, deberán ser debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, con la discriminación y detalle de todos 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, 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.

¹ CSJ SL1688-2019.

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

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 31 de octubre de 2022, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que tanto **la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA**, deberá devolver con destino a Colpensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores descontados de los aportes pensionales por concepto de primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos o comisiones de administración, todo lo anterior, discriminado con sus respectivos valores y con

el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

TERCERO: 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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcsj->

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EtMR3mshZvNL1U8SmZhP7hMBaApl0EyjkZmKLjuzKOkMtw?e=RbOlCX](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EtMR3mshZvNL1U8SmZhP7hMBaApl0EyjkZmKLjuzKOkMtw?e=RbOlCX)

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: **f4b6a01eb7424020b732659434a0e1f63550c632ffc2c1365ceadbc04f6d6fa4**

Documento generado en 04/08/2023 10:04:03 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 05 026 2021 00430 01
DEMANDANTE:	JESÚS ELI DÍAZ BERNAL
DEMANDADAS:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA

Bogotá DC, veinticuatro (24) de julio 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 MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 27 de octubre de 2022, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS el 27 de septiembre de 2000 con la AFP Santander; en consecuencia, se condene a la AFP Protección a girar a Colpensiones todos los aportes y rendimientos de su cuenta de ahorros y se condene a esta última a aceptarlo en el RPMPD como si nunca se hubiera trasladado (pág. 2 arch. 1 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 30 de julio de 1959; cotizó al extinto ISS desde el 21 de febrero de 1978 hasta el 29 de agosto de 1999; en septiembre de 2000 fue visitado en la empresa en donde prestaba los servicios, por los asesores comerciales de la AFP Santander, quienes le brindaron charlas a los empleados de la compañía, en las que señalaron en forma muy genérica que era mejor trasladarse porque el ISS se iba a quebrar y

que podrían perder la pensión en un futuro, mientras que los fondos eran mejores porque se podían pensionar antes de tiempo y con una mesada pensional superior a la que podría obtener en el ISS, por ende firmó el formulario de afiliación para trasladarse el 27 de septiembre de 2000; sin embargo, ni antes, ni durante ni después de tal acto, ningún asesor le brindó información pertinente, veraz y oportuna para tomar la decisión de trasladarse nuevamente.

Informó que para el año 2019 contaba con 1313 semanas cotizadas en el RAIS y un IBC de \$6.000.000, no obstante cuando solicitó en la página web de Protección una proyección de lo que sería su mesada cuando cumpliera la edad mínima pensional le arrojó como resultado un monto de \$781.000 sin volver a cotizar, mientras que si se pensionara en el RPMPD obtendría una mesada de \$4.900.000, por ende tendría un detrimento económico en su mesada pensional, afectando así su mínimo vital; el 14 de mayo de 2021 solicitó a Colpensiones la nulidad de la afiliación al RAIS, la cual fue negada (pág. 3 *idem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda correspondió por reparto al Juez 25 Laboral del Circuito de Bogotá DC, quien mediante auto del 23 de julio de 2021 se declaró impedido, así que luego de avocar conocimiento, el Juzgado 26 Laboral del mismo Circuito Judicial, por auto del 26 de enero de 2022 la admitió y ordenó su notificación y traslado a las demandadas (archs. 3, 4, 7 C01) quienes dieron respuesta en término oportuno.

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones; propuso excepciones de mérito que denominó prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, cobro de lo no debido e imposibilidad de condena en costas (págs. 2-14 archs. 11, 17 *idem*).

Protección SA se opuso a todas y cada una de las pretensiones; formuló las excepciones de mérito de prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de

terceros de buena fe, falta de causa para pedir, buena fe e inexistencia de la obligación (págs. 3-15 archs. 14, 17 *idem*).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, a pesar de haber sido informada de la existencia del presente proceso (arch. 10 *idem*).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 27 de octubre de 2022, profirió sentencia en la que declaró ineficaz el traslado efectuado por el demandante al RAIS en septiembre de 2000; condenó a la AFP Protección SA, a transferir a Colpensiones la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta individual del demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, el porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; condenó a Colpensiones a aceptar dicha transferencia y contabilizar para todos los efectos legales, las semanas cotizadas por el demandante; declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso condena en costas a cargo de Protección SA.

Consideró que conforme a la línea jurisprudencial de la Corte, la AFP desde su creación estaba obligada a dar información al afiliado previo al traslado, para que tomara una decisión objetiva, voluntaria, autónoma y consciente; que el deber de información es ineludible y no se suple con las declaraciones contenidas en el formulario de afiliación, ya que solo demuestra el consentimiento pero no que fue informado, carga de la prueba que corresponde a las AFP; que conforme a las pruebas evacuadas en el proceso, la AFP demandada no cumplió con la carga de la prueba para acreditar que cumplió a cabalidad con el deber legal de información, de asesoría completa y oportuna, suficiente y veraz, con el fin de que conociera las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales y modalidades de pensión, ni le informó que podía retornar al RPMPD antes de cumplir 52 años de edad, a fin de que pudiera tomar una decisión verdaderamente informada sobre lo que él consideraba mejor para su futuro, incluso si le convenía mantenerse en el RAIS. Agregó que es viable declarar la ineficacia del traslado y retrotraer las cosas a su estado inicial como si nunca hubiera existido el traslado. Finalmente adujo que la acción no se encuentra prescrita, porque tal situación se encuentra íntimamente ligada con la construcción de un beneficio pensional (archs. 22, 23 *idem*).

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 16 de enero de 2023 se admitió 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).

El demandante y Colpensiones presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la demanda y su contestación (archs. 5-9 C02). Protección SA guardó silencio.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en el art. 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.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 30 de julio de 1959 (pág. 16 arch. 1 C01); **ii)** según la información arrojada por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cotizó al extinto ISS entre el 21 de febrero de 1978 y el 29 de agosto de 1999, sumando un total de 580.14 semanas de cotización (págs. 43-45 arch. 14); **iii)** suscribió solicitud de vinculación a la AFP Santander hoy fusionada con Protección SA el 27 de septiembre de 2000 con fecha de efectividad desde el 1º de noviembre de dicha anualidad (pág. 17 arch. 1, págs. 24, 26, 27 arch. 14), administradora a la que actualmente se encuentra afiliado con un total de 1313 semanas cotizadas conforme las historias laborales consolidadas y el reporte del estado de cuenta emitidos por la mencionada AFP el 8 de marzo de 2019, el 23 de marzo y el 4 de abril de 2022 (págs. 18-25 arch. 1, págs. 29-41, 46-64 arch. 14).

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, norma que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

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

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen

consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este

caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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, el demandante quedó vinculado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Santander hoy **Protección SA**, el 27 de septiembre de 2000 y si bien en el formulario de vinculación n.º 5229878 suscrito por el accionante (págs. 17 arch. 1, págs. 24, 26 arch. 14) se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, suficiente y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

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

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

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

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

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

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

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

una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Protección SA, antes AFP Santander, 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 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, 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 27 de septiembre de 2000 con su afiliación a la AFP Santander, efectivo desde el 1º de noviembre de esa anualidad pág. 17 arch. 1, págs. 24, 26, 27 arch. 14 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 de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ sentencias SL1022-2022, SL1017-2022, SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Por lo expuesto, se **modificará** y **adicionará** el numeral **segundo** de la sentencia consultada, para ordenar que la AFP Protección SA, efectúe la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados por la *a quo*, junto con los bonos pensionales si los hubiere, así como lo descontado por comisiones,

debidamente indexado 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.

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR y ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 27 de octubre de 2022, por el Juzgado 26 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, los bonos pensionales si los hubiere, así como lo descontado por comisiones, debidamente indexado 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.

¹ CSJ SL1688-2019.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcsj->

[my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EnWZsdxJYfpFmfifH8OkqkxkBuQWCWz0ubcf_Cl8H4T4YGg?e=8c84TP](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EnWZsdxJYfpFmfifH8OkqkxkBuQWCWz0ubcf_Cl8H4T4YGg?e=8c84TP)

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: **b1cc8cdcb8cafe3c2520ced41f9bac6fdf6ec784feaff2971a0cd6b2429cdc32**

Documento generado en 04/08/2023 10:04:00 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 **032 2021 00004** 01
DEMANDANTE: ENELÍ JURADO GÓMEZ
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES y LA NUEVA EPS SA

Bogotá DC, veinticuatro (24) de julio 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 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, respecto de la sentencia proferida el 27 de abril de 2022, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante se condene a Colpensiones a pagar el subsidio de incapacidad médica de origen común ordenados por su médico tratante entre los días 181 y 540, es decir, entre el 3 de abril de 2016 y el 30 de marzo de 2017 en cuantía de \$8.415.028, con el respectivo descuento por 81 días pagados en la suma de \$1.990.943; se condene a La Nueva EPS SA a reconocer y pagar dicho subsidio causado a partir del día 541, esto es, desde el 31 de marzo de 2017 hasta el 4 de junio de 2019 en cuantía de \$19.782.843; se condene a las demandadas al pago de los intereses moratorios consagrados en el art. 4° del Decreto Ley 1281 de 2002 (págs. 5-7, arch. 1 C01, C001).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, indicó que sufrió una enfermedad de origen común y por ende, comenzó a generar incapacidades ininterrumpidas por 1338 días contados desde el 29 de mayo de 2015 hasta el 4

de junio de 2019; la Nueva EPS le pagó las causadas hasta el día 180, es decir hasta el 2 de abril de 2016; no transcribió las incapacidades descritas con detalle en el hecho 7º; impetró tutela en contra de las aquí demandadas ante el Juzgado 4º Penal para Adolescentes de Bogotá DC, quien profirió fallo el 26 de octubre de 2018 concediéndole la tutela de manera transitoria, en consecuencia tuteló los derechos fundamentales a la salud, el mínimo vital, seguridad social y vida digna, y ordenó a Colpensiones pagar las incapacidades causadas entre los días 181 y 540, mientras que ordenó a la Nueva EPS, para las incapacidades surgidas con posterioridad al día 541.

Indicó que radicó derecho de petición ante las demandadas allegando copia de las incapacidades que fueron transcritas, con el fin de que se diera cumplimiento al fallo; en respuesta de ello, Colpensiones pago 81 días de incapacidad (del 3 al 25 de abril, del 12 de Mayo al 10 de Junio de 2016, y del 8 de Mayo al 4 de Junio de 2019) en la suma de \$1.990.943; el 9 de diciembre de 2019 la Nueva EPS respondió que solo estaba obligada a cancelar los 180 días consecutivos corridos hasta el 2 de abril de 2016, por ende, las demandadas no han cancelado los días restantes de incapacidad específicamente los indicados en el hecho n° 13 (págs. 2-5 *ídem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

Prevía subsanación, la demanda se admitió mediante auto del 5 de marzo de 2021 y se ordenó la notificación y traslado a las demandadas (arch. 4 C01 C001) entidades que dieron respuesta en término oportuno.

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones con el argumento de que de conformidad con el Decreto 019 de 2012 solo tiene la responsabilidad de pagar las incapacidades entre los días 181 y 360 días en los casos en los que exista concepto favorable de rehabilitación, pero tal documento no obra en el expediente administrativo de la demandante, por ende, lo solicitó el 31 de mayo de 2017 a la EPS sin obtener respuesta; propuso excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas, prescripción, inaplicabilidad del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de intereses moratorios (págs. 2-15 archs. 6, 10 *ídem*).

La Nueva EPS SA se opuso a todas y cada una de las pretensiones como quiera que de conformidad con la Ley 1753 de 2015 las incapacidades le corresponde reconocerlas a la ADRES, dado que se causaron con anterioridad al Decreto 1333 de 2018, que determinó las reglas de reconocimiento de dichas prestaciones y no determinó efectos retroactivos; formuló las excepciones previas de falta de jurisdicción y competencia y habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde, la cual fue declarada no probada en audiencia del 24 de enero de 2022 (archs. 11, 12 C01 C001), y propuso las excepciones de mérito denominadas incumplimiento y prescripción del procedimiento para la transcripción de incapacidades, inexistencia de la obligación en cabeza de la EPS e incumplimiento de la AFP en el trámite de calificación (págs. 2-46 archs. 9, 10 *ídem*).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, guardó silencio, a pesar de habérsele comunicado la existencia del proceso (arch. 5 *ídem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 27 de abril de 2022, profirió sentencia en la que declaró probada en forma oficiosa la excepción de cosa juzgada; en consecuencia absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra y se abstuvo de imponer costas a las partes tras considerar que se acreditó que a la demandante le fueron prescritas una serie de incapacidades de manera ininterrumpida y aun cuando no se reportaron incapacidades entre junio y septiembre de 2016 por parte de la Nueva EPS dentro del listado respectivo, sí fueron allegadas con la demanda, y hubo un concepto de rehabilitación desfavorable del 5 de febrero de 2016, para el día 119 de incapacidad, que fue entregado a Colpensiones dentro del término establecido legalmente el día 15 de los mismos mes y año.

Agregó que la Nueva EPS probó que reconoció el pago de las incapacidades causadas dentro de los primeros 180 días hasta el 2 de abril de 2016 y Colpensiones reconoció las otorgadas del 3 al 25 de abril, del 12 de Mayo al 10 de Junio de 2016, y del 8 de Mayo al 4 de Junio de 2019; pero no se puede pasar por alto que las acreencias aquí reclamadas, fueron ordenadas en forma definitiva a través de un fallo proferido el 26 de octubre de 2018 el Juzgado 4º Penal para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Bogotá DC dentro de una tutela ventilada entre las mismas partes y por los mismos hechos, en

donde se dispuso que Colpensiones debía asumir el pago de las incapacidades causadas entre los días 181 y 540 y la Nueva EPS las posteriores al día 541, sin que tal decisión hubiere sido transitoria, ni objeto de recurso alguno y tampoco obra constancia de que fue revocada, por lo que lo procedente era que la demandante adelantara el correspondiente incidente de desacato (archs. 20, 21 *idem*).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **demandante** solicita que si bien las incapacidades ya fueron resueltas en la acción de tutela favorable para el pago y reconocimiento de tales prestaciones, lo cierto es que las demandadas no han dado cumplimiento total a lo dispuesto en el fallo de tutela, porque no fueron trascritas unas incapacidades, por ende, lo que se pretende es que se le dé legalidad a estas incapacidades causadas entre el 3 de abril de 2016 y el 4 de junio de 2019 y así se le pueda dar cumplimiento total al fallo de tutela.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 2 de junio de 2022 se admitió el recurso interpuesto y, conforme a lo normado por el entonces vigente art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar; sin embargo, solo presentaron alegaciones la demandante y Colpensiones, reiterando los argumentos expuestos en la demanda, su contestación y recurso, mientras que La Nueva EPS SA guardó silencio (archs. 4-10 C02, C002).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada de conformidad con lo previsto en el art. 66A del CPTSS, por lo que el problema jurídico a resolver consiste en verificar si resulta viable dentro del presente proceso ordenar el pago de unas incapacidades a cargo de las demandadas, que ya fueron objeto de decisión en un fallo proferido dentro de una tutela ventilada entre las mismas partes.

Para iniciar es necesario indicar que si bien el juez ordinario de ninguna manera queda obligado a mantener las órdenes emitidas por los jueces constitucionales, cuando el carácter de las mismas es transitorio y los efectos resultan inter partes (CSJ SL 13 may. 2005 rad. 24310 y CSJ SL13657-2015), se ha de precisar que no necesariamente la orden de una tutela tiene vigencia temporal, pues de conformidad con lo dispuesto en los numerales 1º y 8º del art. 6º y el art. 8º del Decreto 2591 de 1991 se puede acudir a ese mecanismo en forma definitiva o transitoria, escenario último en el que la orden permanece vigente solo durante el término que la autoridad judicial utilice para decidir de fondo siempre y cuando la acción ordinaria se promueva en el término de 4 meses a partir del fallo de tutela (CC T-250-2015), mientras que si ampara derechos fundamentales de manera definitiva, tal decisión trasciende sobre el proceso ordinario y en ese caso, se configura una cosa juzgada que impide que la jurisdicción ordinaria vuelva a tratar y decidir un asunto definido en sede constitucional (CSJ SL15882-2017, CSJ SL2165-2019, CSJ SL2574-2021).

En el presente caso, no fue objeto de discusión y se encuentra acreditado dentro del plenario que el Juzgado 4º Penal para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Bogotá DC emitió un fallo el 26 de octubre de 2018 dentro de la tutela con radicación 11001311800420180019200 instaurada por la aquí demandante en contra de las mismas demandadas, mediante el cual, se concedió el amparo constitucional invocado por la accionante y como consecuencia de ello, ordenó a Colpensiones liquidar y pagar las incapacidades causadas desde el día 181 hasta el 540, también ordenó a La Nueva EPS liquidar y pagar las incapacidades causadas desde el día 541 en adelante y las que se sigan causando, con base en las certificadas por esas entidades y que le fueran ordenadas por el médico tratante; previno a las accionadas a realizar los trámites correspondientes tendientes a obtener la salvaguarda de los derechos fundamentales de la accionante, atendiendo a su condición de vulnerabilidad derivada de su estado de salud (págs.. 37-50 arch. 1 C01).

Tras revisar el contenido de la decisión, se observa que tal decisión se dio como consecuencia de que la demandante solicitara la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social, al mínimo vital y por ende, que se ordenara a Colpensiones pagar en forma inmediata las incapacidades dejadas de pagar y certificadas por La Nueva EPS entre el 11 de abril de 2016 y el 7 de octubre de 2018, para un

total de 909 días, dado que La Nueva EPS solo pagó las incapacidades otorgadas hasta el 10 de abril de 2016.

Luego de admitida la tutela y de vincular a la empresa Pardo Carrizosa Navas SA, tanto esta sociedad, como La Nueva EPS SA y Colpensiones tuvieron la oportunidad de contestar y oponerse a lo pretendido, para lo cual, la primera señaló que la accionante se encontraba vinculada laboralmente con esa compañía, quien ha efectuado en su nombre todos los aportes al sistema de seguridad social integral; la EPS adujo que la acción no era procedente por tratarse de un conflicto económico y en todo caso, debería ordenarse a la ADRES reconocer tales incapacidades cuando la EPS haya tenido que asumir las posteriores a los 540 días; la AFP dijo que las incapacidades superiores a ese número de días debía pagarlas la EPS y que además, la afiliada no presenta un concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.

Para tomar la decisión, el juez constitucional encontró acreditadas y sin pagar, las incapacidades superiores a los 180 días, es decir, entre el 11 de abril de 2016 y el 7 de octubre de 2018 bajo el diagnóstico de disco lumbar con radiculopatía de origen común, por lo que ordenó su pago a cargo de las accionadas, al vulnerar el mínimo vital de la accionante y sin importar si el concepto de rehabilitación es favorable o desfavorable; decisión esta que se tomó con carácter definitivo, pues dentro de su texto no se advierte mención de alguna eventual transitoriedad que le hubiera querido impartir el propio juez de primera instancia a las órdenes dadas.

Posteriormente, según se advierte del expediente administrativo aportado por Colpensiones (subcarp. 7 C01), la Sala de Decisión de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en fallo del 4 de diciembre de 2018 proferido dentro del radicado 11001311800420180019201 confirmó y adicionó la decisión de primera instancia, *«en el sentido de reconocer que la demandada NUEVA EPS, tiene derecho a repetir contra la ADRES, por las sumas de dinero que legal y reglamentariamente no sean de su cargo, si a ello hubiera lugar, de conformidad con la ley, por el valor de los gastos en los que incurra en acatamiento de la presente decisión judicial»*, lo que además se constata en la Consulta de Procesos Nacional Unificada de la página oficina de la Rama Judicial; y verificado el sitio web de la Relatoría de la Corte Constitucional, se encontró que a dicha tutela se le asignó el radicado interno T7179783, pero no fue seleccionada para revisión en decisión del 26 de febrero de 2019.

Así las cosas, como en efecto ya existe una decisión definitiva en relación con las entidades competentes para reconocer y pagar las incapacidades otorgadas a la demandante entre el día 180 y el 540, así como las causadas con posterioridad al día 541, la misma hace tránsito a cosa juzgada; en consecuencia, el trámite idóneo y único para efectos de hacer cumplir la orden así dada es el incidente de desacato al tenor de lo dispuesto en los arts. 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991 (CC SU-034-2018, CC A-300-2019, CSJ ATL952-2022), pues su auténtico propósito es lograr el cumplimiento efectivo de la orden de tutela pendiente de ser ejecutada y no un proceso ordinario laboral, como equivocadamente parece entenderlo el apelante, quien por demás, según las pruebas que obran en el expediente administrativo que aportó Colpensiones en la subcarpeta 7 C01, elevó solicitudes para que el juez constitucional abriera incidente de desacato en contra de las entidades accionadas y Colpensiones brindó respuesta a algunas comunicaciones libradas en dicha tutela, con el fin de obtener en una oportunidad la nulidad de actuaciones surtidas dentro del trámite incidental y en otras ocasiones, responder los requerimientos efectuados al interior y también solicitar el archivo del mismo por haber pagado 81 días de incapacidad a la accionante y por considerar la entidad que se había presentado una carencia actual del objeto por cumplimiento del fallo de la tutela.

Por lo anterior, resultaba procedente declarar probada la excepción de cosa juzgada, en consecuencia, se **confirmará** la decisión de primera instancia.

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 27 de abril de 2022, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá DC, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EimflxUcJO9Gqm4VpXCi_XMBUZ9frqgEjQNMJG_0oYywkQ?e=6mHuih

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: 9236c13c703e54d5bdfff4a977e46a31384f1b0e1734e54a8a71a5345e905eb7

Documento generado en 04/08/2023 10:04:02 AM

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