



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **EDELMIRA RAMÍREZ DE GARZÓN** CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de julio del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **María Elena Fierro García** identificada con cedula de ciudadanía No. 1.024.463.217 de Bogotá y tarjeta profesional

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

291.785 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Johanna Andrea Sandoval.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

SENTENCIA

DEMANDA: La señora **EDELMIRA RAMÍREZ DE GARZÓN** a través de apoderado judicial, persigue se reconozca y pague el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, a partir del 18 de junio de 1997 y por catorce mensualidades, junto con costas del asunto (folios 24 y 30).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 23 y 24 de las diligencias, que en síntesis advierten que le fue reconocida pensión de vejez mediante la Resolución No. 019207 de 1º de noviembre de 1997, notificada el 6 de similar mes y año, junto con un retroactivo por el lapso del 18 de junio a octubre de 1997. Manifiesta que el 25 de septiembre de 2017 elevó derecho de petición solicitando el otorgamiento del incremento pensional por su compañero permanente LUIS FRANCISCO GARZON GARCIA, quien depende en un todo de la activa y no disfruta de pensión; mismo que fue zanjado desfavorablemente en comunicación SUB 210637 de 28 de septiembre de 2017. Agrega que contra el anterior acto presentó revocatoria directa el 10 de septiembre de 2018, la cual fue rechazada por la pasiva en oficio del 28 de septiembre de ese año al anunciar que la prestación perseguida no estaba incluida dentro del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONTESTACIÓN: La convocada a debate **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, adujo su rechazo al *petitum demandatorio* por considerar que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos solicitados desaparecieron de la vida jurídica por falta de regulación. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción y caducidad, no configuración del derecho al pago de indexación, cobro de lo no debido, buena fe y las que resulten probadas en el curso del litigio, folios 28 a 33.

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 12 de marzo de 2020, resolvió **condenar** a Colpensiones a pagar a la demandante el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, sobre la pensión del salario mínimo para cada periodo retroactivo, que a febrero de 2020 asciende a \$7'819.668, así como a su continuidad hasta cuando subsistan las causas que le dieron origen; **condenar** a pagar la suma debidamente indexada; **declarar probada parcialmente** la excepción de prescripción, respecto a los incrementos pensionales causados con anterioridad al 25 de septiembre de 2014 y, **condenar** en costas a Colpensiones (medio magnetofónico a folio 40).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que en aplicación del principio de *in dubio pro operario*, se acoge el criterio esbozado por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral al resultar más favorable para los intereses de la reclamante y, en la medida, que no han sido modificados por esta Alta Corporación. Aduce que del certificado emitido por la EPS y los testimonios rendidos, se acreditan los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990 para ser beneficiaria del incremento pensional por cónyuge a cargo, al cual se accede



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

declarando prescritos los montos anteriores al 25 de septiembre de 2014, tomando para ello la data de reclamación administrativa.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada elevó recurso de apelación contra la anterior determinación manifestando en síntesis como motivos de disidencia, que la entidad administradora nunca ha pretendido vulnerar los derechos prestacionales de la activa, al punto que desde el año 1997 le reconoció la pensión de vejez. Refiere que los incrementos reclamados no se encuentra dentro del ordenamiento jurídico por no estar previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 como parámetro de transición, siendo incluidos exclusivamente la edad, el tiempo y el monto de cotización sin acotar nada respecto de los incrementos pensionales. Razón por la cual, reclama se acojan las consideraciones emanadas de la H. Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019, como criterio emanado de quien guarda la supremacía de la Carta Magna. Finalmente solicita no se condene en costas.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: Este extremo procesal solicita la confirmación del fallo de instancia, aduciendo que los argumentos esbozados por el *A quo* se encuentran ajustados a derecho al «*dar aplicación a la Ley y al precedente Jurisprudencial, acogiendo el criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia, aplicando el Principio Preoperario que al existir dos interpretaciones sobre las misma norma el juzgador podrá acoger la interpretación más favorable en este caso para el pensionado*». En la medida que los incrementos pensionales por persona a cargo se encuentran vigentes, aun después de la entrada en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

vigencia de la Ley 100 de 1993 y para quienes adquirieron el derecho por transición.

Parte demandada: la convocada a juicio refirió que al causarse la prestación pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, *«no es procedente acceder al reconocimiento de los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, como quiera que (i) el artículo 22 de dicha normatividad señaló de manera expresa que “ Los incrementos de que trata el artículo anterior no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales...”, (ii) la Ley 100 de 1993, nada dispuso respecto a la concesión de tales incrementos y (iii) El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que contempla el régimen de transición, únicamente mantuvo las condiciones de edad, tiempo y monto contenidas en la legislación anterior y no se refirió a prestaciones distintas como los incrementos pensionales que en este caso se pretenden».*

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme la solicitud radicada el 25 de septiembre de 2017, militante a folios 4 a 9.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Juzgador de primera instancia, el recurso de alzada interpuesto por COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la citada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si se cumplen o no los presupuestos para conceder el incremento pensional del 14% por compañero permanente a cargo.

INCREMENTO PENSIONAL DEL 14% POR COMPAÑERO PERMANENTE A CARGO

Previo a resolver, es del caso recordar que el riesgo de vejez de los trabajadores en Colombia comenzó mediante la Ley 6 de 1945, el Decreto No. 2147 de 1946, la Ley 90 de esa anualidad, el Decreto No. 2663 y No. 3743 de 1950, adoptado mediante la Ley 141 de 1961, en forma provisional y transitoria por los empleadores mientras el Instituto de los Seguros Sociales lo asumía (art. 259 y 260 del CST).

Dentro de esta evolución, y mediante el Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 de esa anualidad, se reglamentó el régimen de vejez de manera precaria y solamente para el personal vinculado a la entidad administradora de pensiones, estableciendo el legislador un incentivo sobre el monto de la pensión, bajo el concepto de lo que se entiende por familia en su mínima expresión, ello es, cónyuge o compañera permanente e hijos menores de 16 años o de 18 años que se encuentren estudiando, sin que pueda exceder este incentivo del 42% sobre el monto de la pensión de vejez, incremento en la mesada del pensionado que, en igual sentido, fue estatuido por el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, ello es, todo antes de la Ley 100.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Sancionada la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios, el citado incentivo familiar por personas a cargo, no se reguló en ninguno de los sistemas, y solo en desarrollo jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y por el art. 36 de la Ley 100 de 1993, se mantuvo para los pensionados bajo los acuerdos 029 de 1985 y 049 de 1990, como en forma de más reiterada lo ha señalado la Corporación de cierre de la Jurisdicción Laboral, entre otras, en la sentencia con radicación No. 29751 del 5 de diciembre de 2007, Magistrado Ponente Dr. LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ, con fundamento a los principios de la buena fe y expectativas legítimas.

Bajo ese entendido, del análisis de las pruebas obrantes en el proceso se corrobora que a la señora **EDELMIRA RAMIREZ DE GARZÓN** le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución No. 019207 del 6 de noviembre de 1997, a partir del 1° de noviembre de 1997 y en cuantía inicial de \$172.005, conforme al Acuerdo 049 de 1990 (fl.3); en igual sentido se logró acreditar que se encuentra conviviendo en unión marital de hecho con **LUIS FRANCISCO GARZÓN GARCIA** desde hace aproximadamente 30 años, como dan cuenta las declaraciones de Rosa Reina Acosta González y Martha Gisella Sánchez (CD fl.40); mismas que resaltan la ausencia de separaciones de hecho o derecho entre la pareja, e indicó la testigo Martha Sánchez que **GARZÓN GARCIA** depende económicamente de la pensionada desde hace 8 o 10 años (2010), derivado de fallas en su salud que le impidieron continuar con la labor de conducción, por lo que, desde tal data no ha trabajado ni obtiene ningún rubro derivado de la prestación personal de los servicios o bienes propios.

De esta manera, encuentra esta instancia demostrado el cumplimiento de los requisitos previstos en la norma pensional y en el desarrollo jurisprudencial ya explicado en esta providencia, para la calenda pensional.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Establecido el derecho en cabeza de la demandante, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado por la parte pasiva en la contestación de la demanda Colpensiones (fl. 32).

Sea lo primero advertir, que la excepción de prescripción es el fenómeno jurídico mediante el cual, se pierde el derecho por no haber ejercido la acción, en regla general, en el término de tres años contados a partir del momento en que se consolida o se hace exigible el derecho, según lo reglado en el artículo 488 del CST y el art. 151 del Código de Procedimiento Laboral. Si bien se ha resaltado que el derecho a la jubilación o el riesgo de vejez es imprescriptible, cierto es, que en el caso de autos el reajuste por personas a cargo, no tiene que identidad con los requisitos para que se configure el citado riesgo de vejez, en lo que respecta con las semanas cotizadas, el IBL y la tasa de reemplazo; pues dicho reajuste por persona a cargo nace como un incremento a la pensión al presentarse el requisito de tener cónyuge, compañera permanente o hijos bajo los presupuestos ya indicados en esta providencia.

En el evento en que no se tenga ni cónyuge, compañero permanente o hijos, al pensionado no le asiste el derecho. Por ello, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha concluido que es procedente el fenómeno de la prescripción si no se reclaman en tiempo por el titular del derecho, entre otras, en la sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicación 27923 con ponencia de la H. Magistrada Dra. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERON, la sentencia Rad. 40919 y Rad. 42300 del 18 de septiembre de 2012, y Rad. 57367 del 23 de julio de 2014 con ponencia del H. M. Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Así entonces, de la documental militante en el plenario se evidencia que la pensión de vejez le fue reconocida a **EDELMIRA RAMIREZ DE GARZÓN** mediante Resolución No. 019207 del 6 de noviembre de 1997, notificada personalmente el 3 de marzo de 1998 (folio 3 y vuelto); que desde el 12 de marzo de 2010 ya existía la dependencia económica de LUIS FRANCISCO GARZÓN GARCÍA, contada desde la data de declaración testimonial de Martha Gisella Sánchez (CD a folio 40). Motivo por el cual, era desde tal estadio que la convocante tenía el término de 3 años para radicar la reclamación administrativa, pero como solicitó el reconocimiento y pago del incremento pensional por compañero a cargo ante Colpensiones el 25 de septiembre de 2017 (fl.4), la cual fue resuelta desfavorablemente a través de Acto Administrativo SUB 210637 del 28 de septiembre de 2017 (folios 10 y 11), y radicó el *libelo* introductorio hasta el 24 de julio de 2019, folio 23; es que evidencia la Sala que el término con el cual contaba el accionante para reclamar esta prestación ya había vencido.

De esta manera, de los argumentos expuestos y la jurisprudencia seguida, es viable concluir, que la excepción de prescripción está llamada a prosperar, por lo que deberá la Sala revocar la sentencia apelada, sin que se trate del desconocimiento de un precedente o de jurisprudencia por extensión emitido por la H. Corte Constitucional, pues, suma indicar que la decisión adoptada en ningún momento contradice la posición de la H. Corte Constitucional, al anunciar esa Alta Corporación que dichos reajustes no fueron reglamentados por la Ley 100 de 1993, en tanto dicho argumento constituye la misma línea que sigue la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Laboral, en tanto solo les asiste a quienes sean pensionados por el Acuerdo 049 de 1990, bien por derecho propio ora por régimen de transición, ello en desarrollo a los principios constitucionales del derecho adquirido y las expectativas legítimas, por lo que, no existe un enfrentamiento entre ambas cortes; de manera que la Corte Suprema de Justicia – Sala



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Laboral los continúa aplicando, tal como se puede corroborar en la sentencia SL 2711-2019, M.P. Dr. Rigoberto Echeverri Bueno.

Concluyendo en la revocatoria del fallo de primera instancia, pero por las razones aquí expuestas.

COSTAS.

Se revoca la condena que sobre costas impartió el *A quo*, para que en su lugar lo estén a cargo de la parte DEMANDANTE, tásense en primera instancia. En esta segunda instancia sin costas dado el resultado de la alzada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública celebrada el 12 de marzo de 2020 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar, **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones invocadas por **EDELMIRA RAMIREZ DE GARZÓN**, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Se revoca la condena que sobre costas impartió el *A quo*, para que en su lugar lo estén a cargo de la parte DEMANDANTE,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

tásense en primera instancia. En esta segunda instancia sin costas dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Aclara voto

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara voto

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARÍA LUCIA CATALINA ORTÍZ MARTÍNEZ** CONTRA **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de julio del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a la profesional del derecho **Karen Silvana Mendivelso Cuellar** identificada con cedula de ciudadanía No. 1.010.201.041 y tarjeta profesional 267.784 del C.S. de la J., para que actúe en representación de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, según Escritura Pública 3368 de 2 de septiembre de 2019.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **MARÍA LUCIA CATALINA ORTÍZ MARTÍNEZ** a través de apoderada judicial, pretende se declare la nulidad de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado ante la AFP Porvenir S.A., en el mes de julio de 1995, al considerar que existió vicios en el consentimiento; en consecuencia, solicita se condene a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a registrar en el sistema, que jamás estuvo vinculada a dicha AFP, así mismo, condenar a Colpensiones a reactivar, registrar y actualizar la información obrante en la historia laboral de la demandante, como si no hubiese existido traslado alguno; al pago de la pensión de vejez a partir del 22 de junio de 2018, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, las costas y agencias en derecho. (fl. 2 y 3).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 y 4 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 22 de julio de 1961; que cotizó para el otrora Instituto de los Seguros Sociales un total de 255.57 semanas; que en el mes de julio de 1995, se afilió a la AFP Porvenir S.A; que dicha Administradora de Fondo de Pensiones no le informó, al momento de la afiliación, las implicaciones propias del traslado de régimen; que no se le brindó información entorno a las desventajas de afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; que no se le ilustro respecto de los diferentes escenarios comparativos de uno y otro régimen; que para la fecha de afiliación al régimen privado, contaba con una asignación salarial equivalente a \$998.400, equivalente a 8.3 salarios mínimos legales mensuales vigentes; que durante ña permanencia en el RAIS, nunca recibió asesoría profesional completa. Afirmó que, el 18 de julio de 2018, solicitó ante la AFP Porvenir S.A., la anulación de la afiliación; que el 26 de julio de 2018, peticionó ante Colpensiones la anulación del traslado y la reactivación de la cuenta ante dicha entidad; que las anteriores entidades pensionales mediante escritos de 27 de julio y 10 de agosto de 2018, le negaron las aspiraciones; que el 14 de agosto de 2018, solicitó el reconocimiento pensional, petición que fuera rechazada por Colpensiones; que efectuó cotizaciones hasta el mes de junio de 2018.

CONTESTACIÓN: la convocada a juicio **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que la solicitud de la demandante resulta improcedente por cuanto a la fecha en que presentó la solicitud de anulación del acto jurídico, ya contaba con 57 años de edad y no es beneficiaria del régimen de transición, sumó a ello, que para la fecha en que la demandante realizó el traslado de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

régimen pensional, no se encontraba establecido en la ley el deber de brindar asesoría profesional y dejar constancia de ello. **Excepciones:** Formulo como medios exceptivos los que denomino inexistencia de la obligación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica. (fl. 112 a 127)

A su turno, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su rechazo al *petitum demandatorio*, al considerar que el acto jurídico que llevó al traslado de régimen de la parte actora cumplió con el lleno de los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, así como las directrices impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo y la innominada o genérica. (fl. 147 a 153).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Segundo (2°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 9 de marzo de 2020, resolvió **declarar** la nulidad de la afiliación y traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual; **condenar** a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de pensiones –Colpensiones los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual de la actora y que hubiere recibido producto de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

afiliación de aquella, junto con todos los frutos, cotizaciones, bonos pensionales e intereses de conformidad con lo previsto en el artículo 1746 del C.C; **ordenar** a Colpensiones recibir los provenientes de la demandante y proceda a corregir y actualizar su historia laboral; **condenar** a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez de la actora, a partir del 23 de julio de 2018, en cuantía inicial de \$4.496.051,07, y **condenar** en costas a la AFP Porvenir S.A.

Lo anterior por considerar el A quo que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP Porvenir S.A., por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el sub examine, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante, las circunstancias particulares de su decisión, en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la nulidad del traslado, junto con las consecuencias propias que ello acarrea. Ahora, en lo que atañe a la prestación pensional rogada, se probó que la demandante cumplió con los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003, para hacerse beneficiaria de la pensión de vejez, la cual deberá ser pagada a partir del 23 de junio de 2018.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandada COLPENSIONES elevó recurso de apelación contra la anterior determinación en el que afirmó como motivos de disidencia, que la juzgadora efectuó un recuento normativo en torno al deber de información que ostentan las Administradora de Fondos de Pensiones, sin tener en cuenta que para la fecha de afiliación de la demandante, nada se exigía al respecto, pues tan sólo se imponía el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

deber de suscribir el formulario de afiliación, en el que se dejara constancia de la asesoría que se brindó de forma verbal, sumó a ello, que conforme lo dispone el artículo 167 del C.G.P., corresponde a cada parte probar los supuestos de hecho de los que pretende sacar provecho y que en tal virtud, al ostentar la demandante el cargo de médico, no se puede predicarse la figura de asegurado lego para la *petente*.

Parte demandante: Ruega la parte demandante la confirmación de la sentencia objeto de alzada, al señalar como fundamentos, que al momento de ofertar el traslado de régimen y durante todo el tiempo en que ha permanecido afiliada a esa administradora, no le informó las características y diferencias propias de cada régimen, por lo que la AFP Porvenir incumplió con el deber de suministrar información de estirpe profesional, con el ánimo de no perjudicar los intereses pensionales del afiliado

Parte demandada:

Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones

Solicita la sociedad demandada la revocatoria de la sentencia de primera instancia, al considerar, en esencia, que el a quo, no tuvo en cuenta las disposiciones que del Código Civil se emanan frente a la nulidad deprecada, ello por cuanto, no es posible tener por cierto una situación fáctica que no se logró demostrar a través de los diferentes medios probatorios constituidos en el trámite procesal, pues al no evidenciarse cuales fueron los vicios del consentimiento que rodearon la suscripción del contrato de afiliación con la Porvenir S.A., y que debieron probarse a efectos de declarar la nulidad perseguida.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Persigue la demandada la revocatoria de la sentencia de primer grado, al considerar, que no le asiste razón al *a quo*, por cuanto en el presente proceso no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento al momento que se celebró el acto jurídico de cambio de régimen pensional, tampoco se demostró la concurrencia de alguna de las causales previstas en los artículos 1511, 1512 y 1741 del C.C., para que pueda predicarse la nulidad del acto reprochado, a lo anterior le suma, que al expediente se allegó el formulario de afiliación en el que la demandante plasmó de forma libre y voluntaria su intención de cambiar de régimen pensional, documento que contó con todos los formalismos que para el momento la ley imponía.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folios 71 a 75 del informativo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia y, en estricta consonancia con los reparos invocados por Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad de la afiliación realizada por MARÍA LUCILA CATALINA IRTÍZ MARTÍNEZ al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A.

Y de ser afirmativa la anterior premisa, establecer si la demandante tiene derecho a que Colpensiones le reconozca y pague la pensión de vejez.

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de la cédula de ciudadanía de la actora (fl. 34); historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 35 a 37 y 129 a 133); historia laboral emitida por Porvenir S.A. (fl. 38 a 46); relación de aportes emitida por Porvenir S.A. (fl. 47 a 60 y 155 a 166); Formulario de afiliación a Horizonte Pensiones y Cesantías (fl. 61, 172 y 185); solicitudes de anulación del traslado y reconocimiento pensional (fl. 66 a 75); estudio pensional (fl. 80 a 93); expediente administrativo emitido por Colpensiones (cd.fl. 128); certificados de afiliación (fl. 134, 154 y 180); reporte Siaf (fl. 167);



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

historial de bono pensional emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 168 a 170); solicitud de vinculación a Porvenir S.A. (FL. 171 y 184); comunicados de prensa (fl. 174 y 175).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que dispone que *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»*

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas»*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha enseñado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, que:

«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1º, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

*A juicio de esta Sala **no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;** de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(...)*

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.

*Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que **la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla»(Acentúa la Sala).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar que:

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) 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; (iii) 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 (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, momento en el que:

«... la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro».

Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo, también del 2019, bajo radicado 68838, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:

«En el orden planteado, serán resueltos los problemas jurídicos.

1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

sus fines y compromisos sociales, deben ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, 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», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.° los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.

2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3° elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.°, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.° de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.º 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el parágrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.º de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

- 1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.*
- 2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.*
- 3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*
- 4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*
- 5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*
- 6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia*

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el párrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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

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

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

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

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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.

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

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que 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 identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en desfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de similares contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

TEORIA DEL CASO

Al analizarlas pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales con afiliación del 3 de marzo de 1986, tal como se advierte a folio 35 del informativo, para luego trasladarse a la AFP Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., el 7 de julio de 1995 (fl. 183 y 184), donde se encuentra actualmente realizando aportes al subsistema de seguridad social en pensiones (folios 97 a 102); supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AFP Porvenir S.A. tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl.184).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativa en afirmar que para el momento del traslado de régimen se efectuó una reunión en la que se le indicó que era muy bueno trasladarse a Porvenir S.A., evento que se prolongó por un lapso de diez (10) minutos, en los que sólo se le informó de los beneficios de cambio de régimen; adujo, que el formulario ya venía pre-impreso y listo y que lo firmó con un lectura rápida dado la complejidad de la información. (Cd. Fl. 232)

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, y sin que medie otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP que a todas luces demuestra una inducción al error respecto a la activa, aspecto éste, el cual conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de antaño, se asimila al vicio del consentimiento por dolo, error en el objeto y de hecho (Art. 1508 y s.s del C.C.).

Por manera que, la administradora de fondos de pensiones Porvenir S.A. incurrió en una falta al deber de información, el cual perjudica las condiciones pensionales de la demandante, obligación que era de imperioso cumplimiento al momento de la afiliación, sin omitir ningún



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

tipo de dato (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora.

Suma señalar, que la omisión en la información veraz, oportuna y suficiente sobre las consecuencias del traslado, implícitamente engendran un vicio de consentimiento denominado dolo, como ya se advirtió, pues se indujo al afiliado en error en el traslado, indistintamente del tiempo que haya transcurrido luego de la movilidad de régimen o que se haya trasladado de AFP, pues, las personas se pueden mantener por largo tiempo engañadas, mientras no se les ponga en conocimiento el daño realmente sufrido, de ahí que se deba declarar la nulidad, la cual apareja indiscutiblemente la ineficacia del traslado como consecuencia lógica.

En virtud de lo hasta aquí expuesto, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó la sentenciadora de primer grado, pues se itera, al interior del proceso se acreditó la existencia del vicio en el consentimiento de la afiliada, el cual decanta en la anulación del acto jurídico del traslado. Por último, resulta pertinente aclarar, que la decisión aquí adoptada en manera alguna le causa perjuicio a Colpensiones, pues la afiliada se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

PENSION DE VEJEZ

Efectuado el anterior estudio, es del resorte de esta Corporación proceder a corroborar si la demandante reúne los requisitos necesarios



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

para acceder a la pensión de vejez bajo los parámetros establecidos en la Ley 797 de 2003.

Con tal propósito, pertinente resulta indicar que el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, exige como requisitos para acceder a la pensión de vejez, acreditar 60 años de edad si es hombre o 55 años de edad si es mujer y haber cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo, no obstante, a partir del 01 de enero de 2005 el número de semanas se incrementara en 50 y a partir del 01 de enero de 2006 se incrementara en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015 y en lo que atañe a edad, a partir del 2014, la misma se incrementara a 57 años si es mujer o 62 si se es varón.

Al descender al caso puesto en conocimiento de la Sala, se tiene que la demandante nació el 22 de julio de 1961, tal como se desprende del documento de identidad visto a folio 34 del informativo, lo que implica que cumplió los 57 años de edad el mismo día y mes del año 2018, así mismo, del reporte de semanas cotizadas que obran a folios 38 a 40, se establece que cotizo 1.379 semanas, superando así el mínimo de semanas requeridas por la norma.

Conforme a ello, es claro para la Sala que se cumple por parte de la demandante los requisitos exigidos por la norma que antecede para acceder a la pensión de vejez, la cual se liquidara conforme lo señalan los artículos 21 y 34 de la ley 100 de 1993, modificado este último por el artículo 10 de la ley 797 de 2003,

En tal virtud y efectuados los cálculos aritméticos de rigor, se tiene que nos arroja una primera mesada, a julio de 2020, en cuantía de **\$3'831.019,77**, suma inferior a la reportada por la sentenciadora de primer grado, lo que lleva a modificar la sentencia en este aspecto, ello



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

en atención a que además de tramitarse el recurso de apelación formulado por Colpensiones, también se conoce en el grado jurisdiccional de consulta a favor de dicha entidad.

Ahora bien, con apego a lo dispuesto en el artículo 283 del C.G.P., norma aplicable por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., es deber del juez de segundo grado extender la condena en concreto hasta la fecha de promulgación de la providencia que resuelve la respectiva instancia, en tal razón, y efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, se adicionará la sentencia de primer grado en el sentido de condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, a reconocer y pagar a la demandante por concepto de retroactivo pensional liquidado a 31 de julio de 2020, la suma de **\$107,522,600.13**.

COSTAS

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas están a cargo de Colpensiones por el resultado de la alzada y la ausencia de prosperidad en los reparos; se tasan como agencias en derecho la suma de \$700.000, liquídense en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 4° de la sentencia apelada, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** a reconocer y pagar a la demandante



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

MARÍA LUCIA CATALINA ORTIZ MARTÍNEZ, la pensión de vejez a partir del 23 de julio de 2018, en cuantía inicial de **\$3'831.019,77**, y por trece mesadas al año.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **OCTAVO** a la sentencia apelada, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** a reconocer y pagar a la demandante **MARÍA LUCIA CATALINA ORTIZ MARTÍNEZ**, la suma de **\$107,522,600.13**, por concepto de retroactivo pensional liquidado a 31 de julio de 2020.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia impugnada.

CUARTO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas están a cargo de Colpensiones por el resultado de la alzada y la ausencia de prosperidad en los reparos; se tasan como agencias en derecho la suma de \$700.000, liquídense en primera instancia.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ALBA VIRGINIA MARTÍNEZ DE GRANADOS** CONTRA **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de julio del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: La señora **ALBA VIRGINIA MARTÍNEZ DE GRANADOS** a través de apoderado judicial, pretende se imparta condena en contra de la demandada, encaminada a que se le reconozca y pague la pensión de vejez y/o jubilación a partir del 12 de agosto de 2009, fecha en que cumplió los 55 años de edad; los reajustes de ley sobre la prestación reconocida; los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; las costas y agencias en derecho. (fl. 2).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 y 3 de las diligencias, en los que en síntesis advierte que nació el 12 de agosto de 1954; que prestó su fuerza de trabajo para los empleadores Inversiones Troy Ltda, Botero Aguilar y Cia S.A., Uniconic S.A., Miss Mundo Colombia S.A., Ingeniería Universo Ltda, Inversiones Kierans Ltda, Conigravas S.A., Incivial S.A., Edgar Botero Henao y a las Hermanas Niño de Jesús; que el empleador no efectuó aportes a seguridad social en pensión; que el salario devengado ascendió a la suma de \$900.000.00; que es beneficiaria del régimen de transición. Afirmó, que el 21 de septiembre de 2017, solicitó de Colpensiones el reconocimiento y pago de la prestación pensional, la cual fue negada mediante Resolución SUB 241688 de 28 de octubre de 2017; que la encartada al efectuar el estudio del derecho no le tuvo en cuenta todo el tiempo de servicios prestados.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, al ejercer el derecho de contradicción y defensa se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que la parte actora no es beneficiaria del régimen de transición al no acreditar el número mínimo de semanas que contempla la norma para hacerse beneficiaria de ella. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

derecho y de la obligación, inexistencia del cobro de intereses moratorios e indexación, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica. (fls. 35 a 44).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Cuarto (4^a) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 2 de junio de 2020, **absolvió** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y **condenó** en costas a la parte demandante. (fl. Cd. 64).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que en el caso de la demandante, pese a algar la existencia de mora patronal con los empleadores Inversiones Troy Ltda, Botero Aguilar y Cia S.A., Uniconic S.A., Miss Mundo Colombia S.A., Ingeniería Universo Ltda, Inversiones Kierans Ltda, Conigravas S.A., Incivial S.A., Edgar Botero Henao y a las Hermanas Niño de Jesús, no logró acreditar la prestación del servicio a los mismos; en tal virtud, no le es posible computar los tiempos que echa de menos la actora a efectos de causar el derecho pensional. En cuanto al régimen de transición, al revisar el histórico de semanas cotizadas, logró establecer que aquella no es beneficiaria de la norma transicional.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante ALBA VIRGINIA MARTÍNEZ DE GRANADOS elevó recurso de apelación contra la anterior determinación en el que afirmó como motivos de disidencia, que al plenario se allegaron certificaciones laborales que dan cuenta de la prestación del servicio para con los distintos empleadores, y que si bien, varias de las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

certificaciones fueron suscritas por Luis Fernando Mejía Rivera, como representante legal de diferentes compañías, ello se dio a raíz que todas las sociedades conformaban un Consorcio.

Afirma, que al encontrarse acreditada la prestación de servicio con la documental allegada al informativo, válido era tenerle como efectivamente cotizados dichos periodos para construir el derecho pensional,

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: Solicita la demandante, la revocatoria de la sentencia apelada, al considerar, en síntesis, que la documental con la que se pretendió demostrar el vínculo laboral que la ató con los diferentes empleadores, no fue objetada por la demandada, por lo que la juez de primera instancia aplicó una presunción de falsedad, que no le era posible impartir, suma a lo anterior, que quien suscribió las respectivas certificaciones es un funcionario directivo de las respectivas sociedades certificantes, lo que no podía ponerse en tela de juicio o restarle validez a la prueba legalmente incorporada.

Parte demandada: Solicita la entidad pensional la confirmación de la sentencia apelada, al considerar, en esencia, no es dable el computo de tiempos que echa de menos la actora pues aquella no logró demostrar la existencia de los vínculos contractuales de los cuales aludió en el escrito de demanda, ello por cuanto las certificaciones que se allegaron



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

no son idóneas para probar el vínculo alegado, sumó a ello, que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición para de esta forma acceder a la prestación pretendida.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

RECLAMACION ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se puede corroborar con la misiva visible a folios 16 a 19 del informativo.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el libelo demandatorio, las inconformidades presentadas por la accionada en la contestación de la demanda y los fundamentos esbozados por la juez de primera instancia, esta Colegiatura en ejercicio de las facultades legales consagradas en el artículo 66A del CPL, procede a determinar cómo problema jurídico a resolver, si le asiste derecho a la demandante a que le sean tenidos en cuenta los periodos laborados y no cotizados por quienes aduce, fueron sus empleadores, a efectos de la construcción del derecho pensional.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

De resultar afirmativa la anterior premisa, establecer si le asiste derecho a la accionante a que la demandada le reconozca y pague la pensión de vejez a partir del 12 de agosto de 2009, en aplicación al régimen de transición.

DE LA MORA EN EL PAGO DE APORTES

Afirma la parte demandante que prestó sus servicios a favor de los empleadores Inversiones Troy Ltda, Botero Aguilar y Cia S.A., Uniconic S.A., Miss Mundo Colombia S.A., Ingeniería Universo Ltda, Inversiones Kierans Ltda, Conigravas S.A., Incivial S.A., Edgar Botero Henao y a las Hermanas Niño de Jesús, para los interregnos de 10 de septiembre de 1991 al 31 de diciembre de 1992 y del 1º de julio de 1994 al 15 de febrero de 2017, tiempos que no le fueron cotizados a la seguridad social en pensión.

Pues bien, de cara a resolver la problemática planteada, preciso se torna señalar que la mora patronal es aquella que sobreviene de la omisión del empleador frente a la obligación de pagar los aportes a la seguridad social de los trabajadores, supuesto de hecho que acarrea como consecuencia, la acción coactiva por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones en procura de la recaudación de dichos pagos, y en caso de no acreditarse dicha acción coactiva por parte del fondo pensional, será éste quien entrará a responsabilizarse por las cotizaciones no canceladas oportunamente.

Frente a esta situación, esto es, la mora en el pago de aportes a la seguridad social en pensión, la jurisprudencia emanada de la Corporación de cierre en materia laboral ha dispuesto, de forma reiterativa, que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

empleador en el pago de dicho aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro.

Así lo ha adoctrinó la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia entre otras, en las sentencias CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 38622; CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839; y CSJ SL, 15 may. 2013, rad. 41802, en la que se concluyó que «...las administradoras de pensiones y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, por lo tanto no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sino que previamente se debe acreditar que las administradoras hayan adelantado el proceso de gestión de cobro, y si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación».

De otro lado, y si bien es cierto, el trabajador no se encuentra obligado a soportar las consecuencias en la omisión del empleador respecto a la cotización oportuna de los aportes a la seguridad social, no menos cierto es, que le corresponde a aquel demostrar, que en efecto, en los periodos que echa de menos prestó efectivamente su fuerza de trabajo para el dador de laborío, pues de esta manera, se garantiza que las condenas estén soportadas en tiempos de servicio efectivamente laborados y, a su vez, evita la concesión de pensiones a las cuales no se tiene derecho. (Ver sentencia SL413-2018).

Al descender al caso puesto a escrutinio de la Sala, se tiene, que la demandante alude la falta de cotizaciones por parte de los empleadores a quienes les prestó su fuerza de trabajo, sin hacer claridad en torno a que contratantes y mucho menos cuales periodos, pese a ello, obra en el plenario certificaciones laborales suscritas por Luis Fernando Mejía Rivera, quien en representación de las sociedades Conigravas S.A., Botero Aguilar y Cia S.A., y Miss Mundo Colombia Ltda, certificó la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

existencia del vínculo laboral que lo ató con la demandante para los siguientes interregnos a saber:

Empleador	Fecha de inicio del vínculo contractual	Fecha de terminación del vínculo contractual	folio
Botero Aguilar y Cia S.A.	1ª de junio de 1994	30 de marzo de 2008	11
Miss Mundo Colombia Ltda	12 de agosto de 1994	2 de agosto de 2013	15
Conigravas S.A.	1º de abril de 2008	15 de febrero de 2017	10

Al detallar la documental antes relacionada, observa la Sala, que en lo que atañe a las certificaciones laborales obrantes a folios 10 y 11, las mismas no cumplen con los parámetros mínimos de validez, ello por cuanto quien suscribe dichas certificaciones es Luis Fernando Mejía Rivera, persona que no acredita la condición de representante legal de las sociedades certificantes, pues no dispuso así el cargo o la función que cumple en cada una de las entidades empleadoras, tampoco se advierte logo, identificación tributaria de la sociedad o membrete que permita inferir que el documento fue emanado por la persona jurídica que pretende certificar, tampoco se acompañó certificación de cámara de comercio o documento idóneo que diera fe, que quien suscribe el documento, ostentó la calidad de Gerente, Representante legal o Director del área de recursos humanos de la compañía.

En tal virtud, y en aplicación a las reglas de la sana crítica prevista en el artículo 173 del C.G.P., norma aplicable por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., y los artículos 60 y 61 del Compendio Adjetivo Laboral, es que, para ésta Sala, no se logró acreditar por parte de la promotora del juicio la existencia del vínculo laboral que la ató con las sociedades Conigravas S.A., y Botero Aguilar y Cia S.A., pues se itera, la documental con la cual se pretendió demostrar tal vinculación, no ostenta la virtualidad de acreditar la prestación efectiva del servicio para con las citadas sociedades, ello, en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

tanto se desconoce la participación, del suscriptor de dichas certificaciones, en la sociedad certificadora, así mismo, los documentos no comportan los requisitos mínimos propios de una certificación laboral.

Entre tanto, en lo que atañe a la certificación laboral vista a folio 15 de informativo, la cual es emitida por la sociedad Miss Mundo Colombia Ltda, debe precisarse que cumple con los parámetros dispuestos tanto en el C.S.T., como en el C.C., para tenerla como prueba válida y de la que se pueda predicar el tiempo laborado por la demandante, pues nótese, como dicha documental cuenta con el logo de la compañía, identificación de la misma, refleja el cargo, el tiempo laborado y la asignación salarial de la certificada, lo que en principio lleva a tener como efectivamente comprobado el tiempo prestado de servicios de la actora para con dicha empleadora; sin embargo, y al revisar la historia laboral de la demandante que reposa a folios 46 a 49 de las diligencias, no se advierte afiliación alguna por parte de dicha sociedad en torno a la seguridad social en pensión de la promotora del juicio, supuesto de facto que impide la aplicación de las consecuencias de la mora patronal, ello, por cuanto en éste evento, se estaría frente a una falta de afiliación por parte del empleador de cara a cubrir las contingencias derivadas de la invalidez, la vejez o la muerte del trabajador, lo que de contera impide contabilizar dichos periodos por parte de la AFP.

Sobre el particular, debe precisarse, que en los eventos en los que se presenta la falta total de afiliación por parte del empleador, las consecuencias jurídicas no comportan identidad con aquellas establecidas para los casos de mora en el pago de las cotizaciones, ello, por cuanto no obra prueba de la existencia del vínculo y la obligación de efectuar aportes al subsistema de seguridad social en pensiones.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia Rad. 37555 del 23 de febrero de 2010 con ponencia del H. Magistrado Dr. Luis Javier Osorio López, enseñó que:

*«Y en lo que atañe a la nueva construcción jurisprudencial que alude el censor, que tiene que ver con la responsabilidad de las administradoras del régimen de pensiones, frente a la omisión del empleador de su obligación de pagar los aportes, cuando ésta no utiliza las herramientas legales de cobro para realizar el recaudo efectivo de la cotización, es menester aclarar, que **tal orientación doctrinaria no tiene aplicación en asuntos donde se presenta el incumplimiento en el deber de inscripción o afiliación del trabajador**, que es lo que acontece en la presente causa, en la cual la demandada Federación Nacional de Algodoneros omitió afiliar al ISS al trabajador demandante desde la fecha de inicio de labores, y lo hizo luego de transcurrido varios ciclos o meses, que es el tiempo que ahora reclama la parte actora se le tenga en cuenta para alcanzar las 1.000 semanas de cotización exigidas por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de igual año. Lo anterior por cuanto **al no mediar afiliación o inscripción, no surge la cotización que permita hablar de mora en el cubrimiento de aportes, ni se abren paso las acciones de cobro que contemplan las normas referentes a la recaudación de cotizaciones.** (...)» (Resalta fuera de texto).*

Aspecto que fue objeto de reciente pronunciamiento por la Alta Corporación en sentencia SL 14388 Rad. 43182 del 20 de octubre de 2015, M. P. Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, al aludir la existencia de sendas diferencias entre «los efectos de una ‘mora’ en el pago de los aportes, de los de una ‘falta de afiliación’ al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores» agregando que no es «posible asemejar ese fenómeno al de la ‘mora’ en el pago de los aportes, pues ‘...no sería sensato equiparar la responsabilidad jurídica del empleador que tiene a sus trabajadores afiliados, pero se encuentra en mora en el pago de algunas cotizaciones, con el patrono que no afilia’ (...)»

Razones precedentes, que permiten entrever el desacierto en la solicitud elevada por la parte accionante al pretender la contabilización de tiempos anunciados en el *libelo genitor* como en mora, cuando del reporte detallado de semanas cotizadas visible a folios 45 a 49 del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

informativo, emana indiscutible que la pasiva no debía adelantar tales gestiones frente al patronal Miss Mundo Colombia S.A., en razón a que dicha sociedad jamás afilió a la demandante al Sistema General de Seguridad Social en Pensión, lo que de contera decanta, en la pérdida de facultades de cobro coactivo por parte de la administradora del régimen de prima media.

Por manera que, al no constatarse prueba que permita establecer la existencia del vínculo laboral y la necesaria obligación a cargo del empleador referenciado de efectuar pago de aportes a seguridad social en pensión, para el interregno comprendido entre el 12 de agosto de 1994 al 2 de agosto de 2013, es que surge la no imposición de las consecuencias propias de una posible falta de afiliación al régimen y, menos aún, establecer la contabilización de aportes por mora en la densidad semanas reportada por Colpensiones, acorde con lo aludido de manera antepuesta; máxime, cuando como lo refiere la Juzgadora de primer grado, existe duda razonable frente a la existencia del vínculo contractual que ató a Alba Virginia Martínez de Granados con Conigravas S.A., y Botero Aguilar y Cia S.A., para los tiempos que se pretendió certificar.

Ahora bien, como quiera que el primer problema jurídico se desato de forma negativa, no se hace necesario efectuar pronunciamiento diferente al realizado por la sentenciadora de primer grado en torno a la concesión del derecho pensional. Así se afirma, por cuanto al no haber prosperado la inclusión de tiempos y posterior corrección de la historia laboral de la demandante, diáfano resulta indicar que no se cumple el requisito mínimo de semanas para que la demandante se haga beneficiaria del régimen de transición, como tampoco acredita las exigencias establecidas en la Ley 797 de 2003, para acceder a la prestación pensional deprecada, ello, en tanto a la fecha cuenta con un



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

total de semanas cotizadas de 503.57, suma inferior a la prevista en la norma pensional.

Por lo expuesto, no le queda otro camino a la Sala que confirmar la sentencia apelada.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda, las mismas estarán a cargo de la parte demandante ante la improsperidad del recurso de alzada. Se tasan como agencias en derecho la suma de \$500.000, líquidense en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 2 de junio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **ALBA VIRGINIA MARTÍNEZ DE GRANADOS** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda, las mismas estarán a cargo de la parte demandante ante la improsperidad del recurso de alzada. Se tasan



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

como agencias en derecho la suma de \$500.000, liquídense en primera instancia.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.**

Salva Voto

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

Aclaro voto

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LUIS BENARDO CAGUA SÁNCHEZ, MARIA CONSUELO PINEDA RODRIGUEZ, OSCAR DAVID CAGUA PINEDA Y MANUEL BERNARDO CAGUA PINEDA** QUIEN ACTÚA EN NOMBRE PROPIO Y EN REPRESENTACIÓN DE LOS MENORES **JHOAN ESTEBAN CAGUA RINCON Y JHONNY SANTIAGO CAGUA ESPITIA** CONTRA **RCZ CONSTRUCTORES S.A.S.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de julio del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

S E N T E N C I A

DEMANDA: Los señores **LUIS BENARDO CAGUA SÁNCHEZ, MARIA CONSUELO PINEDA RODRIGUEZ, OSCAR DAVID CAGUA PINEDA,** y **MANUEL BERNARDO CAGUA PINEDA** quien actúa en nombre propio y en representación de los menores **JHOAN ESTEBAN CAGUA RINCON** y **JHONNY SANTIAGO CAGUA ESPITIA,** por intermedio de apoderado judicial, persiguen se declare que entre **RCZ CONSTRUCTORES S.A.S.** y **LUIS BENARDO CAGUA SÁNCHEZ** existió un nexo contractual laboral a término indefinido, devengando un salario mensual equivalente a \$1'100.000 y que perduró del 8 de septiembre de 2009 al 10 de febrero de 2012, data última que corresponde al reconocimiento de la pensión de invalidez por el accidente laboral padecido por culpa del patronal; como consecuencia de lo anterior, se condene al pago de las acreencias laborales por concepto de auxilio de cesantías, intereses a las mismas, prima de servicios, vacaciones, aportes a seguridad social en pensiones y salud, indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST y el art. 23 de la Ley 100 de 1993, junto con las diferencias pensionales generadas entre la pensión reconocida por la ARL POSITIVA y la suma que debió percibir, intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indemnización total y ordinaria de perjuicios contentiva de lucro cesante, daños morales, daños a la vida de relación, costas y agencias en derecho (fls.9 a 13).

Fundamenta su *petitum* en los supuestos de facto relatados a folios 1 a 9 de las diligencias, que en síntesis advierten el vínculo laboral verbal sostenido por Luis Bernardo Cagua Sánchez con la llamada a debate desde el 8 de septiembre de 2009, para prestar sus servicios personales como ayudante de construcción en la obra AEPI PROPIEDAD HORIZONTAL ubicada en la autopista a Medellín, k.m. 2.5, con una jornada laboral de lunes a viernes de 7 a.m. a 4:30 p.m. y sábados de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

7 a.m. a 12 m, devengando como monto mensual salarial la suma de \$1'100.000. Mismo que feneció el 10 de febrero de 2012 por reconocimiento de pensión de invalidez concedida por la ARL POSITIVA, la cual tuvo su génesis, en el accidente de trabajo padecido el 13 de noviembre de 2009 al caer de siete metros de altura por el desprendimiento de la cercha del paral, que se encontraba sosteniendo la viga que, a voces del actor, estaba descimbrando. Pero agregando, que no contaba con capacitación para la realización de trabajos en alturas y la empresa no tenía los permisos correspondientes, ni proporcionó los elementos de protección personal con ausencia de línea de vida, entre muchos. Reseña que RCZ CONSTRUCTORES SAS no canceló los aportes al subsistema de seguridad social en riesgos laborales sobre el monto correspondiente, al realizarlo sobre el salario mínimo mensual legal vigente, lo que condujo al pago de la prestación pensional en equivalencia a tal rubro, posterior a la emisión del dictamen de pérdida de capacidad laboral con porcentaje de 50.85%.

CONTESTACIÓN: La pasiva **RCZ CONSTRUCTORES S.A.S.**, a través de curador *ad litem*, contestó el *libelo introductor* oponiéndose a la generalidad de pretensiones incoadas en su contra, por considerar que no obra prueba del salario devengado y, por el contrario, de los recibos de pago aportados se halla como remuneración el mínimo legal mensual «*menos cuando el accidentado era ayudante de construcción, [y] excede los valores reales del tráfico salarial para esta clase de trabajo*». Adiciona que se puede estar en presencia de un caso fortuito o fuerza mayor, pues de los informes del accidente se encuentra que se generó por el colapso de toda la estructura. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados prescripción de las acreencias laborales; prescripción de la reclamación de indemnización por riesgos laborales; culpa exclusiva de la víctima; cumplimiento total de las obligaciones por parte del empleador; cobro de lo no debido y, las que resulten probados en el curso del litigio, folios 152 a 162.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 24 de febrero de 2020, resolvió **declarar probadas** las excepciones de prescripción e inexistencia de la obligación; **absolver** a RCZ CONSTRUCTORES S.A.S. de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra por los demandantes y, **sin costas** (CD a folio 165).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que al haberse declarado en la etapa de excepciones previas la prescripción de todas las prestaciones reclamadas, dejando avante únicamente lo atinente a la pensión de invalidez, es sobre ello que se limitó el análisis del asunto. Por manera que, al haberse establecido el nexo contractual mediante el cual el actor prestó sus servicios como ayudante, es que no se encuentra prueba conducente para establecer salario diferente al mínimo mensual legal vigente, en tanto el testimonio contradice la propia prueba documental al aludir que el cargo era de maestro de obra y que por ello el salario era superior al percibido por él como ayudante, equivalente a \$750.000. Maxime cuando, aun de acoger el salario de ayudante reseñado o los comprobantes de egreso que indiciariamente conducirían a un salario de \$900.000, lo cierto es que al desplegar el calculo conforme al artículo 10 del Decreto 776 de 2002, la mesada comportaría idéntico valor al ya reconocido.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte DEMANDANTE interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo como sustento de su disidencia que el salario pagado al actor correspondía a \$1'100.000, pues pese a no ser objeto de cotización al sistema de seguridad social a riesgos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

laborales, lo que le arrojó un monto de un salario mínimo legal mensual, lo cierto es que de las pruebas aportadas como los pagos por *«incapacidad temporal»* de 2010 -2011 y el testimonio de Roldan Antonio, es viable constatarlo al *«atar todas estas pruebas para determinar que el ingreso base de liquidación era superior y así poder reliquidar la pensión de mi representado, con la diferencia que arroje para el momento de la liquidación»*.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: aduce que de la prueba testimonial recepcionada a Rodal García Contreras se logra demostrar que el valor salarial concernía a \$1'100.000, aunado a que de las incapacidades se demuestra que los pagos oscilaban entre el anterior valor y \$900.000. Razón por la cual *«Cada uno de estos indicios apreciados de manera conjunta demuestran que en realidad a mi representado le pagaban la suma de \$1.100.000 mensuales como consecuencia de sus labores como maestro de obra»*, conduciendo al pago de la diferencia en la liquidación de la pensión.

Parte demandada: No se presentaron los alegatos en el término conferido para ello.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite concretar como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar cuál fue el monto salarial percibido por CAGUA SANCHEZ en el desarrollo del nexo y, de resultar disímil, concretar la posibilidad de impartir condena a título de diferencias en la mesada pensional.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio pues fue así declarado por el *A quo*, sin que se advirtiera oposición en la alzada. Determinación a través de la cual, declaró que Luis Cagua Sánchez laboró a ordenes de RCZ CONSTRUCTORES SAS desde el 8 de septiembre de 2009 para desempeñar el cargo de ayudante de construcción (folios 46 y 69), nexo contractual que perduró hasta, por lo menos, el 1° de enero de 2012 según da cuenta la documental a folio 56. En igual sentido se encuentra probado que, en desarrollo de sus funciones, se vio afectado en su salud por la ocurrencia de un accidente de trabajo el 13 de noviembre de 2009 (fl.76 y 81) que dio paso a una calificación de pérdida de capacidad laboral del 50.85% gestada por POSITIVA ARL (folios 74 a 80), junto con la consecuente concesión de una pensión de invalidez por la misma entidad mediante la Resolución No. 03217 de 6 de diciembre de 2011



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

a partir del 10 de octubre de esa anualidad y en cuantía inicial de \$535.600, al tenor de lo dispuesto por la Ley 776 de 2002.

Supuestos de facto respecto de los cuales no existe discusión en esta segunda instancia. Por manera que, establecido lo anterior, procede la Sala a estudiar el *petitum demandatorio* bajo los reparos elevados en el recurso de alzada².

DEL SALARIO

Como primera medida es preciso acotar por parte de esta Sala de Decisión, que desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo y en desarrollo al principio sobre la carga de la prueba en materia procesal, incumbe al demandante demostrar la prestación del servicio humano, los extremos laborales de ésta, el cargo desempeñado, el salario devengado, la parte y la causal que dio lugar a la terminación el mismo, al tenor de lo preceptuado por el artículo 167 del Estatuto Adjetivo Civil – Ley 1564 de 2012-, aplicable por analogía a la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Ahora bien, descendiendo este Juez Colegiado a los motivos de distanciamiento impetrados por el extremo demandante referente a la contraprestación salarial, se evidencia que ante la inexistencia de documento contractual que permitiera colegir el pacto celebrado al respecto, lo propio es adentrarse al análisis de las documentales decretadas y practicadas como elementos de convicción a fin de determinar si, de su análisis, se logra comprobar la hipótesis planteada por el apelante.

² Artículo 66A del CST.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Para tal efecto, se practicó el testimonio a Roldan Antonio García Contreras (CD a folio 165), quien adujo conocer al accionante como maestro de obra de la pasiva y, a razón de las labores por él desplegadas en RCZ CONSTRUCTORES SAS de agosto a diciembre de 2009 como ayudante, las que fueron realizadas en la misma obra encargada a CAGUA SANCHEZ que, en su vago decir, se ubicaba *«para el lado de Bogotá (...) en una zona que se llamada zona franca»*, para luego acotar no acordarse geográficamente del sitio de prestación del servicio y, finalmente manifestar en la terminación de su declaración, que era en un lugar llamado *«parcelas»*. Agregó que se les asignaron un horario de 7 a.m. a 5 p.m. con una hora de almuerzo de 12 m. a 1 p.m. y, relatando a precisión que el monto salarial concedido a Luis Cagua era de \$1'100.000 como maestro de obra y el de ayudante de \$750.000. Conociendo tal rubro *«porque a nosotros nos daban unos recibos y ahí nos entregaban, en los recibos venían las platas en unos sobres amarillos»*, los que eran mostrados por el reclamante jurisdiccional. Concluye acotando no saber el salario después del accidente de trabajo.

Circunstancias contractuales, adicionales a la remuneración mensual, que se traen a juicio pese a no ser motivo de controversia, para demostrar qué, en igualdad de pensamiento a lo reseñado por el Juez de primer grado, la declaración de GARCIA CONTRERAS lejos de conceder certeza a esta Sala de Decisión, generan abundantes motivos de duda en la realidad de sus alusiones.

Lo antepuesto, al adelantar un parangon con las manifestaciones inmersas por la activa en la demanda, donde fueron diáfanos en indicar que el cargo desempeñado por Luis Bernardo Cagua era de *«ayudante de construcción»*³, supuesto que encuentra similitud con el impuesto en el carné de trabajo a folio 46 y los datos del accidente de trabajo a folio 69. Así como reseña el escrito introductor que la obra era en *«autopista a*

³ Folio 1.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Medellín, Km 2.5.; vía parcelas km 1.3.», lo que lo deja diametralmente distante a los lugares anunciados por el testigo, máxime cuando del mismo Dictamen de Perdida de Capacidad Laboral relaciona en los antecedentes, que el accidente de trabajo lo fue en «*cota*», lugar que de una revisión cartográfica encuentra identidad con la dirección ofrecida por el demandante a folio 1. Finalmente se encuentra que el horario relatado emana desigual, al indicar Luis Cagua que lo era de 7 a.m. a 4:30 p.m.

Aspectos que, en el ámbito de las reglas de la experiencia, permiten concluir que con dificultad alguien que ha consumado una prestación de un servicio, donde adicional relató haber sufrido un accidente de trabajo, logre olvidar parámetros tan importantes como la sede de trabajo y el horario; pero si señalar sin asomo de duda el monto salarial, la forma de su pago y el conocimiento obtenido al respecto.

De manera que, para esta Colegiatura el dicho del único deponente carece de fuerza jurídica, lo cual cobija igualmente las documentales a folios 59 a 68 contentivos de recibos de caja menor y comprobantes de egreso, no solo porque la obrante a folio 68 carece de autenticidad a voces del artículo 244 del CGP, aplicable por reenvío a la jurisdicción ordinaria laboral por disposición del artículo 145 del CPT, al no existir certeza «*sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado*», por la ausencia de anotación en quien lo construyó o realizó. Sino que de la restante foliatura se vislumbran apartes con contraescritura y, en especial, porque en el ítem *CONCEPTO* refieren que los pagos son derivados de «*incapacidades + acuerdo*», lo que impide dilucidar que rubro correspondía a cada telemática y, con ello, concluir el valor pagado a título de incapacidad.

Sumado a que el convocante a juicio en ningún aparte del escrito inicial o de los elementos de convicción arrimados al diligenciamiento, reseñó



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la existencia del citado acuerdo para efectos de permitir conclusiones en aspectos tan importantes como la razón de este y, para el punto de debate, a cuando ascendía el referido pacto.

Presupuestos que, se *itera*, impiden establecer un monto salarial disímil al descrito en los reportes de pago de seguridad social en pensiones y riesgos laborales emitidos por Porvenir S.A. y Positiva S.A., que según lo vislumbrado a folios 54 a 56 y 70 a 72, respectivamente, conciernen al mínimo mensual legal vigente para la época de la relación contractual.

Documentales respecto de las cuales, debe decirse, han sido avaladas por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, al aludir que si bien no dar lugar a colegir la prestación de un servicio como prueba autónoma o única, de encontrarse superado en el debate tal escollo, si permiten concretar tanto los extremos del nexo como la cuantía remuneratoria conforme como lo adoctrino, entre muchas, en las sentencias SL 905 de 2013, SL 13758-2017 y SL 16528 – 2016.

Máxime cuando, al evidenciándose que la activa efectivamente prestó sus servicios a órdenes de RCZ CONSTRUCTORES SAS, lo propio es tener como remuneración el mínimo legal vigente para la época, por ser éste el tope mínimo en la legislación laboral para remunerar la labor consumada, según lo estatuido en el 145 del CST, al indicar «Salario Mínimo es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural» (Subraya de la Sala)

Derecho económico – prestacional que, de no declararse en dicho sentido, vulneraría tajantemente los principios propios de un Estado Social de Derecho en el cual prima la protección efectiva y real de los derechos fundamentales e inherentes de sus habitantes, para el caso



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de autos, los derechos mínimos e irrenunciables de los trabajadores, conforme al art. 53 de la Carta Política.

Así las cosas, esta Colegiatura encuentra acertada la decisión de la Juez de Primera instancia, dimanando en la confirmación del fallo de primer grado.

COSTAS.

Se confirma la condena en costas impuesta por el *A-quo*. En esta segunda instancia las costas estarán a cargo de la parte demandante; se fijan como agencias en derecho la suma de \$300.000, liquidense en primera instancia.

En mérito a lo expuesto **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., SALA LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto (5º) Laboral del Circuito de esta ciudad en audiencia pública celebrada el 24 de febrero de 2020, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **LUIS BENARDO CAGUA SÁNCHEZ, MARIA CONSUELO PINEDA RODRIGUEZ, OSCAR DAVID CAGUA PINEDA** y **MANUEL BERNARDO CAGUA PINEDA** quien actúa en nombre propio y en representación de los menores **JHOAN ESTEBAN CAGUA RINCON** y **JHONNY SANTIAGO CAGUA ESPITIA** contra **RCZ CONSTRUCTORES S.A.S.**, al tenor de lo expuesto en la parte considerativa.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A-quo*. En esta segunda instancia las costas estarán a cargo de la parte demandante; se fijan como agencias en derecho la suma de \$300.000, liquídense en primera instancia.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARÍA LETICIA GARZÓN AGUDELO** CONTRA LA **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de julio del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente **DECISIÓN ESCRITURAL**,

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriada el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: La señora **MARÍA LETICIA GARZÓN AGUDELO** a través de apoderado judicial, pretende se imparta las siguientes condenas en contra de la demandada: i) al reconocimiento de la pensión sanción *post mortem* a favor de Rodolfo Duran Franco (q.e.p.d), en los términos del artículo 8° de la Ley 171 de 1961; ii) a sustituirle la pensión antes referida, en un porcentaje del 100%, al ostentar la condición de cónyuge supérstite del causante; iii) al pago de las mesadas causadas y no canceladas a partir del 19 de abril de 2013 hasta cuando se verifique la inclusión en nómina; iv) al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; v) lo que resulte probado *ultra y extra petita*, y vi) las costas y agencias en derecho. (fl. 3 y 4).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 y 3 de las diligencias, en los que en síntesis advierte que el causante Rodolfo Duran Franco nació el 4 de marzo de 1956; que el *de cujus* prestó sus servicios a Ferrocarriles Nacionales de Colombia, bajo la modalidad de contrato a término indefinido, por un lapso de once (11) años, siete (7) meses y siete (7) días, lo que equivale a 601.14 semanas de cotización a pensión; que el señor Duran Franco fue despedido sin que mediara justa causa el 1° de marzo de 1992; que al momento del fenecimiento del vínculo contractual ejercía las labores de auxiliar de copias e inventarios; que mediante certificación expedida el 28 de mayo de 1992, Ferrocarriles Nacionales de Colombia dispuso como causal de terminación del contrato la liquidación de la entidad.

Afirmó que, el 31 de diciembre de 1994, el causante se vinculó a la sociedad Reactivos y Equipos Ltda, relación de la que se desprende un



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

total de semanas cotizadas a pensión de 473; que el extinto Instituto de los Seguros Sociales le calificó al señor Duran Franco una pérdida de capacidad laboral del 71.2% a partir del 4 de diciembre de 2002; que mediante Resolución 765 de 1° de enero de 2003, el extinto ISS reconoció la pensión de invalidez a favor del *de cujus*; que Rodolfo Duran Franco solicitó ante el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles de Colombia, el reconocimiento y pago de la pensión sanción en los términos del artículo 8 de la Ley 171 de 1961; que el señor Duran Franco falleció el 19 de abril de 2013.

Adujo, que solicitó la sustitución de la pensión sanción causada por el causante; que mediante comunicado de 13 de abril de 2016, el Fondo de Pasivo de Ferrocarriles Nacionales negó la prestación deprecada.

CONTESTACIÓN: La demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP**, al ejercer el derecho de contradicción y defensa se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que al momento del fallecimiento de Rodolfo Duran Franco, aquel no había dejado causado el derecho a la prestación que por esta vía reclama, pues si bien acreditó los requisitos de tiempos de servicio y la causal de terminación del vínculo contractual, no ocurrió lo mismo con la edad. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los que denominó falta de integración del Litis consorcio necesario y/o llamamiento en garantía, falta de competencia funcional para reconocer la prestación demandada y/o falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, buena fe e improcedencia de costas procesales. (fls. 103 a 109).

A su turno, la vinculada **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, al descorrer el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

traslado de la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en el libelo introductor, por considerar que en el caso del causante, el mismo no cumplió con el requisito de exigibilidad de la prestación pensional que perseguía, pues a la fecha del deceso contaba con tan sólo 57 años de edad, lo que implica que la norma llamada a regular la materia es la Ley 100 de 1993. **Excepciones:** Formuló los medios exceptivos que denominó buena fe y confianza legítima, falta de título o causa para demandar y la genérica. (fl. 134 a 140).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 6 de marzo de 2020, resolvió **condenar** a la demandada Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, a reconocer y pagar a la demandante, la sustitución de la pensión restringida de jubilación que dejó causada el señor Rodolfo Durán Franco a partir del 19 de abril de 2013, en cuantía inicial de \$698.100, junto con los ajustes legales y por catorce (14) mesadas anuales, sumas que deberán ser indexadas al momento del pago; **absolver** al Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscales de la Protección Social –UGPP, de las restantes pretensiones de la demanda. (fl. Cd. 157).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que en el caso bajo estudio, se acreditó que el causante fue despedido sin que mediara justa causa, ello en atención a la supresión de la entidad, supuesto de facto que constituye una forma legal de terminación de los vínculos contractuales más no una justa causa para despedir, sumó a ello, que en lo atinente al requisito de edad, pese a que el causante falleció antes de cumplir los 60 años, no se puede desconocer que la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

prestación tiene como requisitos el tiempo laborado y el despido sin justa causa, imponiendo la edad como elemento de disfrute pero no de causación, y como quiera que el señor Duran Franco cumplió, para la fecha del deceso, los requisitos plasmados en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, es procedente el reconocimiento de la prestación pensional. Así mismo, encontró superados los requisitos para que la demandante se hiciera beneficiaria de la sustitución pensional y con ocasión a ello, impartió condena.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandada FONDO PASIVO DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, inconforme con la decisión del *a quo*, interpuso recurso de alzada, en el que solicita la revocatoria de la sentencia impugnada al considerar, en síntesis, que el vínculo laboral que ató al causante con la entidad, feneció como consecuencia de la liquidación de la misma, hecho que conllevó al despido del actor sin que pueda predicarse que dicha terminación se dio sin que mediara justa causa. Agregó, que tampoco se suplió el requisito de edad para acceder a la prestación pensional.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: Solicitó la confirmación del fallo, aduciendo el cumplimiento de los requisitos para el acceso a las pretensiones.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Parte demandada: Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Solicita ésta demandada la revocatoria de la sentencia de primera instancia, al considerar en esencia, que en el caso del causante, aquel no fue despedido sin que mediara justa causa, contrario a ello, las causas que dieron lugar a la terminación del vínculo contractual tuvieron como fuente la liquidación por la que atravesó la entidad, aspecto este que no permite la configuración de la prestación pretendida.

Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP.

Considera la encartada, que en el caso puesto a escrutinio de la Sala se debe confirmar la sentencia apelada, ello por cuanto, al efectuar el respectivo estudio del expediente administrativo del causante, se logra establecer, que ninguna responsabilidad ostenta la entidad en el reconocimiento de la pensión que se reclama, por lo que en el presente asunto se configura la institución procesal de la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de la documental que milita



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

a folios 35 a 41 y 54 a 60 del informativo, consistentes en solicitud de reconocimiento prestacional y la negativa de la entidad a las aspiraciones de la demandante.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a los pedimentos demandatorios, los argumentos dados por el Juez de Primera Instancia y las inconformidades planteadas por la accionada en el recurso de alzada, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales conforme los artículos 66A y 69 del CPL, procede a determinar si Rodolfo Duran Franco, al momento del deceso, dejó causado el derecho a percibir la pensión restringida de jubilación prevista en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, y si la misma, resulta compatible con la pensión de invalidez que le fue reconocida.

De resultar afirmativa la anterior premisa, establecer si a la demandante le asiste derecho a que la demandada le reconozca y pague la sustitución pensional en condición de compañera permanente del causante.

PENSION RESTRINGIDA DE JUBILACIÓN

No cabe duda para la Sala que la pensión restringida de jubilación contenida en la ley 171 de 1961 es aplicable a los trabajadores oficiales siempre y cuando hayan causado su derecho con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993.

Ahora, como la ha sostenido la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en múltiples pronunciamientos, en especial en las sentencias del 6 de septiembre de 2011 radicación interna 45545 y del 11 de mayo de 2010, con radicación 34070, esta prestación nace a la vida jurídica con el tiempo de servicios exigidos por ella y la terminación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

sin justa causa de la relación laboral o en su defecto, el retiro voluntario del trabajador.

En cuanto al requisito de edad que imprime la norma para acceder al beneficio prestacional, debe precisarse que la misma constituye un simple elemento de exigibilidad de la prestación y no de causación, de ahí, que para acceder a la prerrogativa reclamada, sólo sea necesario acreditar el tiempo de servicios, es decir, más de 10 años y menos de 20 y, que la forma de retiro de la entidad se haya circunscrito en la renuncia del trabajador o el despido sin justa causa, pues se itera, el derecho a la pensión se causa al momento del retiro del servicio y no al cumplir de la edad.

Ahora bien, es de precisar por parte de la Sala, que la citada pensión restringida de jubilación no ha desaparecido del mundo de lo jurídico, pues la misma fue modificada para el sector privado mediante la ley 50 de 1990 y en el sector oficial, a través de la 100 de 1993, al exigir esta última, un requisito adicional consistente en la no afiliación del trabajador a la seguridad social, pues así lo enseñó la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia 45637 del 14 de noviembre de 2012, con ponencia del Magistrado Carlos Ernesto Molina Monsalve, al disponer que:

“Entonces, el retiro voluntario y la prestación de servicios durante 15 años constituyen los dos únicos elementos estructurales del derecho a la pensión restringida; por tanto, una vez reunidos estos dos requisitos, la jubilación en comento abandona su calidad jurídica de mera expectativa y pasa a convertirse en un derecho adquirido del trabajador que, como tal, no puede ser modificada por una norma posterior.

Así las cosas, la edad, no es elemento esencial para el surgimiento del derecho, sino tan sólo una condición para la exigibilidad del pago. (...)

Lo precedente significa, que el demandante causó el derecho a la pensión restringida de jubilación el 15 de noviembre de 1991, cuando se retiró en forma voluntaria con más de 15 años de servicios, y para ese momento aún se encontraban vigentes para el sector oficial los artículos 8° de la Ley 171 de 1961, y 74 del Decreto 1848 de 1969, que prácticamente son del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

mismo tenor, sin que importara que el demandante cumpliera los 60 años de edad posteriormente.

Aunado a lo anterior, fuerza recordar que la pensión proporcional de jubilación, contenida en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, fue subrogada para el sector privado, por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, pero en tratándose de trabajadores oficiales, fue modificada en los términos del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, precepto último que como quedó explicado, no aplica al presente caso»

Dicho lo precedente, y de cara a abordar el estudio de la prestación pensional, pertinente resulta remitirse a lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, el cual establece que:

«El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha de despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.

En todos los demás aspectos la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación.

Parágrafo Lo dispuesto en este artículo se aplicará también a los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados, en los mismos casos allí previstos y con referencia a la respectiva pensión plena de jubilación oficial».

Al descender a la caso puesto a escrutinio de la Sala, se advierte, que el contrato de trabajo suscrito entre el Rodolfo Duran Franco y la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia terminó el 29 de febrero



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de 1992, esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que lo fue el 1° de abril de 1994; así mismo, se tiene que el causante laboró al servicio de la extinta entidad desde el 21 de junio de 1980 hasta el 29 de febrero de 1992, para un total de 11 años, 7 meses y 7 días, también se acredita que el fenecimiento del vínculo contractual se dio con ocasión a la liquidación que para el momento atravesaba la empleadora, aspectos estos, que son corroborados con la documental que obra a folio 27 del informativo, consistente en certificación emitida por el Gerente Divisionario de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia en Liquidación, división Santander.

De esta manera y al abordar el cumplimiento de los requisitos que exige la norma para la causación del derecho se tiene, que en lo que atañe al tiempo de servicios, el mismo se encuentra superado, pues se precisa, que según la certificó en su momento la entidad empleadora, el señor Rodolfo Duran Franco prestó sus servicios para la entidad desde el 21 de junio de 1980 hasta el 29 de febrero de 1992, superando así el tiempo mínimo exigido, esto es, al menos 10 años laborados.

Ahora, en lo que atañe a las causas que dieron origen a la terminación del vínculo laboral que unió al actor con la extinta sociedad Ferrocarriles Nacionales de Colombia, se tiene, que las mismas tuvieron como fundamento la supresión de la entidad, motivación que pese a tener un cimiento legal, para esta Corporación, no constituye una justa causa para despedir. Así se afirma, por cuanto, tal como lo ha enseñado de vieja data la Corporación de cierre en materia laboral, la supresión de cargos o de entidades, si bien constituye un modo legal de extinción de los contratos, no configura una causal justa para despedir.

Sobre el particular, preciso es traer a colación lo dispuesto en la sentencia SL 14532 de 5 de octubre de 2016, con ponencia del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Magistrado Luis Gabriel Miranda Buelvas, en la que la Alta Corporación moduló que:

«Ahora, en lo que tiene que ver con el segundo cargo, desde ya es dable advertir que el Tribunal no incurrió en ninguna exegesis equivocada de los preceptos denunciados por la censura. Simplemente, el sentenciador de la alzada consideró que frente a la supresión de cargos o entidades, si bien constituye un modo legal de terminación de los contratos de trabajo de los trabajadores oficiales, no es, sin embargo, una justa causa que exonere de la pensión sanción».

Con arreglo a lo citado, es claro entonces que en el presente asunto, se cumple con el segundo de los pedimentos que prevé la norma para que el causante se haga beneficiario de la prestación pensional prevista en la Ley 171 de 1961, pues a pese a que el despido se dio con sujeción a la liquidación de la entidad, ello por sí sólo no configura una justa causa para despedir.

Por último, y en lo que atañe a la edad, como se indicó en precedencia, dicho requisito es tan sólo una restricción al disfrute de la prestación económica, más no una obligación que deba cumplir el ex trabajador para la causación de la misma, es decir, que acreditados los pedimentos de tiempo laborado y terminación del vínculo laboral, al peticionario le resta esperar cumplir la edad para disfrutar de la prestación pensional, pues el derecho ya está causado.

En el sub examine, se tiene que para la fecha en que se dio por terminado el vínculo contractual, esto es, el 29 de febrero de 1992, el causante acreditó, en su integridad, los requisitos para hacerse beneficiario de la pensión sanción prevista en la Ley 171 de 1961, restándole acreditar la edad de 60 años para comenzar a disfrutar de dicho beneficio, sin embargo, y como quiera que el señor Rodolfo Duran Franco falleció el 19 de abril de 2013, momento para el cual, se itera, ya había causado el derecho, es que resulta procedente el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

reconocimiento de la prestación *post mortem* a partir de ese momento, tal como lo dispuso la sentenciadora de primera instancia; en tal virtud, habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

MESADA PENSIONAL E INDEXACION

Sobre el valor de la mesada pensional, se tiene que según certificación que milita por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia vista a folio 62 del informativo, durante el último año de servicios el causante devengó la suma de \$160.265,50, el que incluye: sueldo básico, dominicales y festivos, horas extras, viáticos, transporte y bonificación de vacaciones.

En cuanto a los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la pensión, la Corte Suprema de Justicia indicó, entre otras en las sentencias 54841 del 16 de julio de 2014, Magistrada ponente Elsy Del Pilar Cuello Calderón, 38885 del 26 de noviembre de 2014, magistrado ponente Carlos Ernesto Molina Monsalve y SL 1706 del 27 de enero de 2016, radicado 61023, Magistrado ponente Luis Gabriel Miranda Buelvas, que estos factores deben ser los previstos en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, a saber:

«Con ese proceder, sin duda el Tribunal incurrió en los yerros fácticos que le imputó la censura, en tanto omitió que los factores a tener en cuenta para liquidar la pensión sanción del actor eran los previstos en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, en concordancia con el parágrafo del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, según el cual «Lo dispuesto en este artículo se aplicará también a los trabajadores oficiales ligados por contratos de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados, en los mismos casos allí previstos y con referencia a la respectiva pensión plena de jubilación oficial».

Para el efecto, vale la pena traer a colación lo sentado por la Sala en sentencia CSJ SL, del 10 de ago. 2010, rad 38885, a propósito mencionada por la censura, y reiterada recientemente por la sentencia CSJ SL, 13192-2015- del 23 sep. 2015, rad. 62723, donde al resolver un asunto de similares contornos sostuvo:

«Ahora bien, revisadas las pruebas tenidas en cuenta por la Colegiatura para determinar que el salario del demandante al momento de su retiro, fue de \$214.599,54, se observa que dicha suma aparece en el documento de folio 139 del cuaderno del juzgado, efectivamente corresponde a la



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

liquidación final de cesantías, como lo advierte la censura, la cual se efectuó teniendo en cuenta el promedio de lo que devengó durante el último año de servicios, por concepto de salario, sobreremuneración, viáticos, primas de vacaciones, semestral y escolar, y auxilio de almuerzo.

“Siendo ello así, es evidente que incurrió en el cuarto error que se le enrostra, pues de conformidad con lo establecido en el párrafo del artículo 8° la Ley 171 de 1961 y el numeral 4° del Decreto 1848 de 1969, en atención a que la pensión restringida de jubilación reconocida al demandante se causó el 15 de noviembre de 1991, ésta debe liquidarse con relación a la que le habría correspondido en el evento de reunir los requisitos exigidos para gozar de la pensión plena, que para ese momento es la consagrada en la Ley 33 de 1985, la cual dispone en su artículo 1°, que el salario a tener en cuenta es el promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, siendo los factores que lo integran los que se indican en el artículo 3° ibídem, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, esto es, la asignación básica; gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio; por lo que el tercer cargo es fundado en este puntual aspecto y habrá de casarse parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto en ella se determinó como salario promedio al momento del retiro del actor la suma de \$214.599,54» (Subrayado fuera de texto)

En ese orden de ideas, como quiera que al causante le fue terminado el vínculo laboral el 29 de febrero de 1992, patente resulta indicar que el salario promedio devengado en el último año de servicios, corresponde a la suma de **\$207.769,58**, teniendo en cuenta únicamente el salario básico, prima de antigüedad, trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio y horas extras, conforme lo preceptuado por la ley 62 de 1985, sin embargo, y como quiera que en primera instancia se tuvo como promedio salarial la suma de **\$195,163,64**, monto sobre el cual no se efectuó ningún rearo y en atención al principio de la *no reformatio in peius*, será este el valor el cual tendrá la Sala para todos los efectos liquidatorios.

El anterior valor se indexará con base en la sentencia SL 736 de 2013, Magistrado Ponente Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, en la que estableció que la misma procede para todas las pensiones legales o extralegales así se hayan causado con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991, aplicando para ello, la fórmula



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

establecida por dicha Corporación en sentencia No. 34069 del 28 de mayo de 2008, que ratifica la 32020 del 6 de diciembre de 2007, lo que arroja como resultado la suma de **\$1.569.816,32**

Aclarando que los IPC que se tomaron para el cálculo de la prestación, corresponden al de la anualidad anterior, tal y como lo indica la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral en las providencias aludidas.

Suma ésta a la cual se le aplica el **44.47%**, que es el porcentaje que le corresponde por el tiempo de servicios, arrojando una mesada pensional al de **\$698.097,32**, la cual resulta inferior a la otorgada por el operador de primer grado en la sentencia apelada, por lo que deberá modificarse la sentencia apelada en este aspecto.

DE LA MESADA ADICIONAL DEL MES DE JUNIO O MESADA 14

Sobre el tema, se tiene que conforme al inciso 8° y el párrafo transitorio 6° del acto legislativo 01 de 2005, aquellas personas cuya pensión se cause en vigencia del citado acto legislativo solo percibirán 13 mesadas pensionales al año, salvo quienes perciban una pensión igual o inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Descendiendo al caso objeto de estudio, como quiera que estamos frente a una pensión restringida de jubilación establecida en la ley 171 de 1961, es patente que el derecho pensional quedó causado en la fecha en que culminó la relación laboral, esto es, el 29 de febrero de 1992. En tal virtud, si bien al causante se le está reconociendo dicha prestación desde el 19 de abril de 2013, data para la cual acaeció el deceso, lo cierto es, que el derecho se causó antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

De otro lado, no sobra advertir que si bien el *de cujus* causó su derecho con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, por lo que en principio se diría que no tiene derecho a la mesada adicional de junio, en tanto dicha prerrogativa fue creada por la normativa en comento, lo cierto es que la Corte Constitucional en la sentencia C – 409 de 1994, al declarar inexecutable las expresiones “*actuales*” y “*cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del 1º de enero de 1988*”, señaló que las personas cuyo derecho a la pensión se cause con anterioridad al 1º de abril de 1994 tienen derecho a la mesada adicional de junio o mesada 14, supuesto de hecho que lleva a la confirmación de la sentencia apelada en este aspecto.

DE LA COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ CON LA PENSIÓN SANCIÓN.

En el presente asunto, se tiene que a Rodolfo Duran Franco (q.e.p.d) le fue reconocida una pensión de invalidez a partir del 4 de diciembre de 2002, la cual fue sustituida a la aquí demandante mediante Resolución GNR 327297 de 30 de noviembre de 2013, tal como se desprende de la documental que reposa a folios 32 a 34 del informativo.

Ahora bien, como quiera que en sede judicial se reconoce la pensión sanción prevista en la Ley 171 de 1961, pertinente resulta efectuar el estudio de la compatibilidad pensional respecto de aquella prestación que le fue reconocida al causante y cubre la contingencia de la invalidez.

Sobre el particular, la Corte Suprema de justicia Sala de Casación laboral en la sentencia SL 4399 de 2018, con ponencia del Magistrado Rigoberto Echeverri Bueno, enseñó que:



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

«Sobre la compatibilidad entre las pensiones propias del sistema de riesgos profesionales y las derivadas del sistema de pensiones, cabe resaltar, en primer lugar, que la jurisprudencia de esta Corporación ha venido predicando que ambos beneficios pueden percibirse de manera simultánea, desde que los posibles beneficiarios acrediten las exigencias legales, dado que dichas pensiones mantienen causas, fuentes de financiación, finalidades y regulaciones diferentes...».

De lo hasta aquí expuesto, es claro para esta Corporación, que no existe incompatibilidad en el reconocimiento de una pensión que se originó como consecuencia de la pérdida de capacidad laboral del afiliado y aquella producto de la prestación de sus servicios y que cubre la contingencia de la vejez. Así se afirma, por cuanto a la luz de las enseñanzas del Órgano de cierre en materia ordinario laboral, ambas prestaciones mantienen causas, fuentes de financiación, finalidades y regulaciones diferentes, lo que permite que en un mismo afiliado converjan ambas prerrogativas.

Por lo anterior, ningún reproche merece la determinación a la que arribó la sentenciadora de primer grado, por lo que será confirmada la sentencia sobre este punto.

DE LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL

Persigue la demandante la sustitución pensional de la prestación que en vida dejó causada Rodolfo Duran Franco, a partir del 19 de abril de 2013, al ostentar la calidad de compañera permanente del causante.

Bajo ese contexto, y para resolver el asunto, es preciso señalar que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que por regla general las normas jurídicas que deben ser tomadas en consideración para establecer la existencia del derecho a la pensión de sobrevivientes son aquellas vigentes a la fecha del fallecimiento del afiliado o pensionado y sólo por excepción es posible



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

aplicar una norma anterior en virtud del principio constitucional de la condición más beneficiosa.

En el sub examine, se tiene que el causante falleció el 19 de abril de 2013, por lo que la norma que regula la prestación pensional que por esta vía se reclama, no es otra diferente que aquella contenida en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la cual en su literal a) dispone que le corresponde *«En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte»*.

A fin de acreditar los requisitos que imprime la norma en comento, la demandante allegó declaraciones extra proceso rendidas por Heribeth Triana Rodríguez, María Concepción Contreras De Agamez, Jhon Jairo Garzón Agudelo y María Leticia Garzón Agudelo, quienes al unísono señalaron la convivencia de la pareja conformada por el causante y María Leticia Garzón Agudelo por un lapso superior a los 20 años, la cual perduró hasta el día del deceso del *de cuius*; que de la unión de la pareja se procreó una hija quien al momento de rendirse la declaración contaba con la edad de 29 años; así mismo, señalaron que la demandante dependía económicamente del señor Duran Franco.

Del mismo modo, obra en el plenario Resolución GNR 327297 de 30 de noviembre de 2013, promedio de la cual la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, le reconoce a la actora la sustitución de la pensión de invalidez que en vida causó Rodolfo Duran Franco.

En tal virtud, de las pruebas que fueron allegadas al proceso, se logra extraer que la demandante cumplió con los requisitos para hacerse



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

beneficiaria de la sustitución pensional que por esta vía se reclama, pues en lo atinente a la convivencia exigida por la norma, de las declaraciones obrantes a folios 22 a 25, se extrae, sin asomo de duda, que María Leticia Garzón Agudelo convivió con el causante hasta el día del deceso de aquel y por un lapso superior a los 5 años, así mismo, se establece que la accionante dependía económicamente del *de cuius*; aspectos estos, que se acompasan con el reconocimiento prestacional que efectuare Colpensiones, respecto de la pensión de sobrevivientes otorgada por la entidad y que reposa a folios 48 a 50 de las diligencias.

En tal virtud, al haberse constatado el cumplimiento de los requisitos que impone la norma para que la demandante se haga beneficiaria de la sustitución de la pensión sanción reconocida a Rodolfo Duran Franco, es que la Sala confirmará lo resuelto en primera instancia sobre este aspecto.

PRESCRIPCIÓN

Establecido el derecho en cabeza de la demandante, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado por la parte pasiva en la contestación de la demanda.

Sea lo primero advertir, que la excepción de prescripción es el fenómeno jurídico mediante el cual, se pierde el derecho por no haber ejercido la acción, en regla general, en el término de tres años contados a partir del momento en que se consolida o se hace exigible el derecho, según lo reglado en el artículo 488 del CST y el art. 151 del Código de Procedimiento Laboral.

Así entonces, se tiene que el causante falleció el 19 de abril de 2013, la reclamación se elevó el 18 de enero de 2017 y la demanda se radicó el 23 de octubre de 2017, aspectos estos, que permiten concluir que el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

termino trienal extintivo no había operado, razón por la que se confirmará lo resuelto por el *a quo* sobre este aspecto.

COSTAS:

Se confirman las costas impuestas por el A-quo. Las de esta segunda instancia corren a cargo del Fondo Pasivo de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, ante la improsperidad del recurso de alzada; se tasan como agencias en derecho la suma de \$700.000, liquídense en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública del 6 de marzo de 2020, en el sentido de, **CONDENAR** a la entidad **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** a reconocer y pagar a **MARÍA LETICIA GARZÓN AGUDELO**, la sustitución de la pensión restringida de jubilación que dejó causada el señor **RODOLFO DURAN FRANCO** (q.e.p.d.), a partir del 19 de abril de 2013, en cuantía inicial de \$698.097,32, junto con los ajustes legales y por 14 mesadas anuales, sumas que deberán ser indexadas al momento del pago, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de análisis en esta instancia.

TERCERO: COSTAS. Se confirman las costas impuestas por el A-quo. Las de esta segunda instancia corren a cargo del Fondo Pasivo de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, ante la improsperidad del recurso de alzada; se tasan como agencias en derecho la suma de \$700.000, liquídense en primera instancia.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARÍA DEL ROSARIO HERNÁNDEZ HERRERA** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de julio del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme a los memoriales incorporados por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a los profesionales del derecho **Fredy**

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriada el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Quintero López identificado con cedula de ciudadanía No. 79´581.111 y tarjeta profesional 278.643 del C.S. de la J., y **María Elena Fierro García**, identificada con la cédula de ciudadanía 1.024.463.217 y tarjeta profesional 291785 del C.S. de la J., para que actúen en representación de de la sociedad Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, según Escrituras Públicas 0275 de 25 de febrero de 2020 y 3390 de 4 de septiembre de 2019, en su respectivo orden.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **MARÍA DEL ROSARIO HERNÁNDEZ HERRERA** a través de apoderada judicial, pretende se condene a la AFP Porvenir S.A., a autorizar el retiro del Régimen de Ahorro Individual y la reincorpore al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones; en consecuencia, condenar al Fondo de Pensiones y Cesantía Porvenir S.A., a poner a disposición de la entidad pensional estatal las sumas de dinero que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual de la actora; así mismo, se condene a Colpensiones a reconocerle y pagarle la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad; lo que resulte probado ultra y extra *petita*, junto con las costas y agencias en derecho. (fl. 39 y 40).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 40 y 41 de las diligencias, que en síntesis advierten, que cotizó por más de diez (10) años al Régimen de Prima Media con Prestación Definida para el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

momento en que efectuó el traslado de régimen; que fue afiliada sin que mediara su consentimiento al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A; que no se le explicaron las consecuencias del traslado; que solicitó ante Colpensiones el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; que la AFP Porvenir negó el traslado de régimen solicitado.

CONTESTACIÓN: la convocada a juicio **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que la demandante no se benefició del régimen de transición y por ende no le es posible trasladarse de regímenes pensionales en cualquier tiempo, así mismo, y si en gracia de discusión se aceptara el traslado pretendido, la prestación pensional no está llamada a prosperar, ello por cuanto la demandante no cumplió con los requisitos que prevé la norma pensional para ser acreedora de ella. **Excepciones:** Formulo como medios exceptivos los que denomino falta de competencia por no agotamiento de la reclamación administrativa, prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y de título para pedir y la declaratoria de otras excepciones. (fl. 61 a 64).

A su turno, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su rechazo al *petitum demandatorio*, al considerar que la vinculación de la demandante al fondo pensional cumplió con todos los requisitos de ley para que ostente su validez, pues la demandante libre y voluntariamente suscribió el acto de afiliación. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo y la innominada o genérica. (fl. 95 a 100).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 10 de junio de 2020, resolvió **declarar** probados los medios exceptivos planteados por la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones. denominadas falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir; **absolver** a las encartadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y **condenar** en costas a la parte demandante.

Lo anterior por considerar el *A quo* que en el presente asunto no se discutió la ineficacia o nulidad de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por el contrario, la demanda se encaminó a disponer si la demandante tenía derecho al traslado de régimen conforme lo dispuso la sentencia SU-062 de 2010, lo que le implica que es beneficiaria de trasladarse en cualquier tiempo entre regímenes. Aclarado lo anterior, descendió la juzgadora al estudio de la calidad de beneficiaria de la demandante del régimen de transición y concluyó que la misma no cumple con los requisitos exigidos por la ley para hacerse acreedora de dicha prerrogativa.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandante MARÍA DEL ROSARIO HERNÁNDEZ HERRERA elevó recurso de apelación contra la anterior determinación en el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que señaló como motivos de disidencia, que la jurisprudencia constitucional ha dispuesto que quien se traslade de forma voluntaria entre los regímenes pensionales perderá el beneficio de la transición, aspecto que no acaeció en el caso de marras, pues no se configura la voluntad de la afiliada. Ahora bien, en cuanto al argumento que esgrimió la sentenciadora de primer grado, encaminado a señalar que la demanda se dirigió a la aplicación de la sentencia SU-062 de 2010, y no frente a la nulidad o ineficacia del traslado, refirió que las demandadas ejercieron la defensa encaminadas a desvirtuar la nulidad del traslado, por lo que en efecto lo que se debatió fue la eficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual.

Afirmó, que ya sea por la aplicación de la sentencia SU-062 de 2010, o por la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Sala de Casación Laboral, atinente a la declaratoria de la nulidad o ineficacia del traslado, tiene derecho a retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, aspectos que fueron debatidos al interior del proceso.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: Ruega la parte actora, por la revocatoria de la sentencia, al sostener, que el motivo que lleva a la solicitud de traslado de régimen tiene su génesis, en que a la demandante se le generó expectativas que fueron contrarias a la realidad, lo que conduce a que la actitud del fondo de pensiones se constituya en un proceder doloso, suma a lo anterior, que a la afiliada no se le brindó la información



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

suficiente en torno al impacto que tendría el cambio de régimen, lo que lleva a que la decisión que tomó no contara con un consentimiento informado.

Parte demandada:

Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Afirma la encartada, que al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional de la demandante, la entidad cumplió con todas las previsiones normativas contempladas en el artículo 11 del Decreto 694 de 1992, por lo que no es válido imponer obligaciones a la AFP obligaciones distintas a las contempladas en la citada norma, suma a ello, que de ser el caso de declararse la nulidad o la ineficacia del traslado, debe descontarse lo que por gastos de administración descuenta el fondo pensional.

Colpensiones

Persigue el fondo pensional la confirmación de la sentencia de primer grado, al referir como sustento de su aspiración, que la demandante no cumple con los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para que pueda considerarse el traslado de régimen en cualquier tiempo, y al analizar las pruebas que fueron allegadas al proceso, se puede establecer que a la promotora del juicio le faltan menos de 10 años para arribar a la edad mínima que exige la norma para acceder a la prestación pensional; razón por la cual, no puede salir adelante las pretensiones de la demanda.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folios 9 a 18 del informativo.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia y, en estricta consonancia con los reparos invocados por la demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad de la afiliación realizada por MARÍA DEL ROSARIO HERNÁNDEZ HERRERA al régimen de ahorro individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A., pese a no ser incoada como una de las pretensiones de la demanda, o si por el contrario, tal como lo dispuso la sentenciadora de primer grado, el estudio debió centrarse a la aplicación del precedente jurisprudencial emanado por la H. Corte Constitucional, en lo que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

atañe a la posibilidad de retornar en cualquier tiempo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

DE LA CONGRUENCIA

Censura la parte demandante la determinación a la que arribó la sentenciadora de primer grado al desestimar la procedencia del estudio del de la eficacia o nulidad del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, pues a su decir, si bien, no se enmarcaron así explícitamente las pretensiones de la demanda, no puede desconocerse que dicha aspiración fue objeto de debate, pues así se planteó en el escrito de demanda y se ejerció defensa por parte de las convocadas a juico.

Con el ánimo de resolver la controversia planteada, interesa a la Sala señalar que no es objeto de discusión entre las partes y se encuentra acreditado: (i) que la demandante se afilió el 1° de enero de 1998, al régimen de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por Porvenir S.A y (ii) que solicitó ante Colpensiones y Porvenir S.A., el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida.

Ahora bien, en lo atinente a la posibilidad de debatir aspectos que no fueron pedidos en la demanda, es preciso para la Sala traer a colación lo dispuesto en el artículo 50 del C.P.T. y la S.S., el cual dispone que el juez de primera y/o única instancia tienen la facultad en materia laboral de ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas.

En tal sentido el juez laboral de primera y/o única instancia puede desbordar lo pedido en la demanda siempre que se cumplan los siguientes presupuestos a saber: i) que los hechos en que se sustentan las aspiraciones se hayan debatido dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y ii) que los mismos estén debidamente probados, procurando con ello, hacer efectiva la protección especial de la cual gozan los trabajadores frente a sus propias pretensiones y a la realidad procesal, garantizándose de esta manera los derechos laborales y las prerrogativas y beneficios mínimos de carácter irrenunciable derivados de una relación de trabajo².

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2808-2018, expuso que «... *la facultad extra petita –por fuera de lo pedido– requiere rigurosamente que los hechos que originan la decisión (i) hayan sido discutidos en el proceso, y (ii) que estén debidamente acreditados, a fin de no quebrantar frontalmente los derechos constitucionales al debido proceso con violación de los derechos de defensa y contradicción de la llamada a juicio. Y por su parte, la ultra petita –más allá de lo solicitado– exige que la súplica impetrada en el escrito inicial, (i) sea inferior a la estatuida en la norma laboral, y que (ii) que no emerja del juicio que el mayor valor hubiese sido cancelado al trabajador acreedor. Dichas facultades radican en cabeza de los jueces laborales de única y de primera instancia, y el juez de segundo grado, en principio, no puede hacer uso de ellas, salvo cuando se trate de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, siempre y cuando (i) hayan sido discutidos en el juicio y (ii) estén debidamente probados, conforme lo dispuesto en la sentencia C-968-2003 y tal y como lo ha señalado esta Sala en forma reiterada desde la providencia SL5863-2014».*

² Sentencia C-662 de 1998, Corte Constitucional.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

De otro lado, el artículo 281 del Código General del Proceso aplicable por remisión a los juicios del trabajo de conformidad con lo previsto en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, establece que *«La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en ésta. Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último. En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio»*.

De lo hasta aquí expuesto, afirma la Sala, que las decisiones judiciales de primera y segunda instancia están enmarcadas en los hechos, las pretensiones de la demanda, la contestación de la misma, las excepciones propuestas y lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes, es decir, que toda sentencia debe ser coincidente entre lo resuelto en juicio y la *litis* planteada por las partes en la demanda y su contestación sin omitir o introducir aspectos distintos a los controvertidos.

Al descender al caso puesto en conocimiento de esta Corporación, y al verificarse el escrito de demanda se encontró, que en el acápite de pretensiones la accionante reclama el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida, no obstante, en los hechos 2° y 3° de la demanda, aquella esgrime que *«Mi poderdante fue afiliada sin su consentimiento al FONDO DE PENSIONES PORVENIR»*, y *«A mi poderdante no se le explicaron las consecuencias de su traslado»*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

De otro lado, al analizarse los escritos de contestación de demanda presentados por Colpensiones y Porvenir S.A., se observa que al unísono las demandadas se opusieron a la prosperidad de la ineficacia o invalidez del traslado de régimen.

Así las cosas, si bien el tema de la ineficacia y/o invalidez del traslado de régimen pensional no se previó en el acápite de pretensiones principales de la demanda, sí constituyó uno de los motivos de controversia al interior del caso concreto, y como lo que se discute en el presente asunto es el traslado de régimen pensional que puede dar lugar a la pérdida del régimen de transición de la accionante, se impone al operador judicial el deber de verificar, en primer lugar, si dicho acto estuvo precedido de un consentimiento informado, para a partir de allí, determinar si el mismo es eficaz y por consiguiente genera los correspondientes efectos jurídicos que le son consustanciales. Luego de verificada la validez del traslado, debe proceder en consecuencia a estudiarse si la accionante puede retornar al régimen de prima media con prestación definida y mantener los beneficios de la transición.

Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL12136-2014, sostuvo:

«Cuando se discute el traslado que conlleva la pérdida de la transición, el juez debe determinar, previamente, si existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, es decir, debe estudiar su eficacia -no basta con verificar la acreditación de los quince años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993- (...) Tal elemento era definitivo para el asunto, pues en últimas no se trataba de determinar si en el sub lite el accionante podía retornar al régimen de prima media y mantener los beneficios de la transición, sino de escrutar si el traslado operó, y en tal sentido, si tuvo eficacia. Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos. Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado. Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir. No puede argüirse que tal aspecto no era parte integrante del debate que fue propuesto desde el inicio del proceso, pues el respeto y la conservación del régimen de transición exigido, se hizo bajo el amparo de que no era posible su pérdida y que el ISS debía aplicarlo en su integridad».

Así las cosas, es preciso indicar que si bien en la demanda no se pretende de forma expresa la declaratoria de nulidad o ineficacia de la afiliación suscrita por la actora a Porvenir S.A., ello no implica per se, que a la juez de primer grado, le resultará vedado resolver en tal sentido, cuando tal circunstancia fue claramente objeto de controversia al interior del trámite procesal, y por cuanto el objeto principal de la acción incoada es precisamente el traslado de régimen pensional y el impacto que aquel tiene respecto a la prerrogativa prestacional.

A lo anterior se suma, que es deber del juez interpretar la demanda en su conjunto, para así establecer las verdadero querer del demandante, apartándose de las meras formalidades que el accionante le imprima, así lo estableció el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia con radicación 208 de 31 de octubre de 2001, expediente 5906, oportunidad en la que la Alta Corporación enseñó que:

«...el juez debe interpretar la demanda en su conjunto, con criterio jurídico, pero no mecánico, auscultando en la causa para pedir su verdadero sentido y alcance, sin limitarse a un entendimiento literal, porque debe trascenderse su misma redacción, para descubrir su naturaleza y esencia, y así por contera superar la indebida calificación jurídica que eventualmente le haya dado la propia parte demandante. Tales hechos, ha dicho la Corte, `son los que sirven de fundamento al derecho invocado y es sobre la comprobación de su existencia y de las circunstancias que los informan sobre que habrá de rodar la controversia´ (Sentencia de 2 de diciembre de 1941). Si están probados los hechos, anotó en otra ocasión, `incumbe al juez calificarlos en la sentencia y proveer de conformidad, no obstante los errores de las súplicas: da mihi factum, dabo tibi ius´»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En tal virtud, le asiste razón a la impugnante cuando sostiene que la sentencia debió estudiar la ineficacia o nulidad del traslado, pues se reitera, dicha aspiración fue ventilada al interior del proceso y se ejerció defensa por parte de las convocadas a juicio frente a dicho argumento; razón por la cual, el estudio inicialmente debió abordar la eficacia o nulidad del acto de traslado.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, respuesta emitida por Colpensiones frente a la solicitud de traslado de régimen (fl. 7 y 8); reclamación administrativa en la que la demandante persigue la el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (fl. 9 a 18); copia de la cedula de ciudadanía de la demandante (fl. 19); expediente administrativo emitido por Colpensiones (cd. Fl. 67); certificación emitida por el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de Colpensiones (fl. 76 y 77); certificación de afiliación emitida por Porvenir S.A. (fl. 101); relación de aportes emitido por Porvenir S.A. (fl. 102 a 105); bono pensional (fl. 106 a 109); comunicados de prensa (fl. 110 y 111); certificación Siaf (fl. 114 y 115).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que dispone que «Las entidades vigiladas



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».*

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha enseñado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, que:

«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1º, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

A juicio de esta Sala **no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;** de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(...)

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.

Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que **la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.**

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla»(Acentúa la Sala).

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar que:

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) 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; (iii) 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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, momento en el que:

«... la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro».

Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo, también del 2019, bajo radicado 68838, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:

«En el orden planteado, serán resueltos los problemas jurídicos.

1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, 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», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.º los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

2. *Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.*

3. *Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.*

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3° elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.°, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.° de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.º 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el párrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.º de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

- 1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.*
- 2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.*
- 3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*
- 4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*
- 5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*
- 6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia*

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el párrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

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

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre 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.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

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

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, 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.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que 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 identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, 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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de similares contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

TEORIA DEL CASO

Al analizarlas pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales con afiliación del 1° de marzo de 1983, tal como se advierte del expediente administrativo visto a folio 67 del informativo, para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 1° de enero de 1998 (fl. 101), donde se encuentra actualmente realizando aportes al subsistema de seguridad social en pensiones (folios 102 a 105); supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir S.A. tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativa en afirmar que para el momento del traslado de régimen se efectuó una reunión en la que se le indicó que era muy bueno trasladarse a Porvenir S.A., en el que sólo se le informó de los beneficios de cambio de régimen; adujo, que el formulario fue diligenciado por el asesor de la AFP, y con posterioridad no contó con asesoramiento alguno. (Cd. Fl. 160)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, y sin que medie otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP que a todas luces demuestra una inducción al error respecto a la activa, aspecto éste, el cual conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de antaño, se asimila al vicio del consentimiento por dolo, error en el objeto y de hecho (Art. 1508 y s.s del C.C.).

Por manera que, la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A. incurrió en una falta al deber de información, el cual perjudica las condiciones pensionales de la demandante, obligación que era de imperioso cumplimiento al momento de la afiliación, sin omitir ningún tipo de dato (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora.

Suma señalar, que la omisión en la información veraz, oportuna y suficiente sobre las consecuencias del traslado, implícitamente engendran un vicio de consentimiento denominado dolo, como ya se advirtió, pues se indujo al afiliado en error en el traslado, indistintamente del tiempo que haya transcurrido luego de la movilidad de régimen o que se haya trasladado de AFP, pues, las personas se pueden mantener por largo tiempo engañadas, mientras no se les ponga en conocimiento el daño realmente sufrido, de ahí que se deba declarar la nulidad, la cual apareja indiscutiblemente la ineficacia del traslado como consecuencia lógica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Por lo expuesto, se revocará la decisión adoptada en primera instancia para en su lugar declarar la nulidad del traslado efectuado por la demandante al RAIS y en consecuencia, ordenar a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, e igualmente, se ordenara a Colpensiones a recibir los aportes de la accionante, procediendo a actualizar su historia laboral y activar la afiliación de la actora en el régimen de prima media con prestación definida, como si jamás se hubiera efectuado el traslado, dada la nulidad del mismo.

La Sala deja constancia que con esta providencia no se genera ninguna afectación a Colpensiones como quiera que la orden de traslado se hace del afiliado con todo su capital y rendimientos, para que cumpla con el fin para lo cual se creó

COSTAS. Las costas de primera instancia deberán correr a cargo de la demandada Porvenir S.A. En esta instancia sin costas dado el resultado de la alzada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo (10°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 10 de junio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARÍA DEL ROSARIO HERNÁNDEZ**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HERRERA contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, par en su lugar, declarar la nulidad del traslado efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

SEGUNDO: CONDENAR a **LA SOCIEDAD DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A** a trasladar a **COLPENSIONES** todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

TERCERO: ORDENAR a **COLPENSIONES** a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral y activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

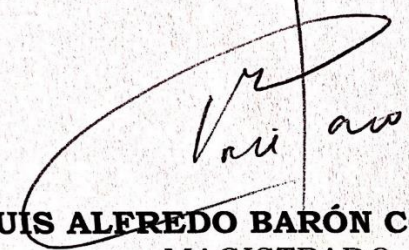
QUINTO: COSTAS. Las costas de primera instancia deberán correr a cargo de la demandada Porvenir S.A. En esta instancia sin costas dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **FREDYS ENRIQUE VANEGAS ECHAVARRIA** CONTRA **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de julio del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente **DECISIÓN ESCRITURAL**,

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: El señor **FREDYS ENRIQUE VANEGAS ECHAVARRIA** por intermedio de apoderado judicial, persigue se declare que es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999 suscrita entre la Caja de Crédito Agrario y SINTRACREDITARIO; como consecuencia, se reconozca y pague la pensión de jubilación convencional a partir del 21 de octubre de 2013, junto con la actualización del último salario promedio mensual, reajustes legales, mesadas adicionales, indexación de las mesadas pensionales, costas y agencias en derecho (fls.6 y 7).

Fundamenta su *petitum* en los supuestos de facto relatados a folios 5 y 6 de las diligencias, que en síntesis advierten el vínculo laboral como trabajador con la CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO, por el interregno de 1° de junio de 1979 al 27 de junio de 1999, desempeñando como último cargo el de Agente Compras Oro grado 5, en la oficina de Bagre - Antioquia, devengando como último salario promedio la suma de \$1'196.338, nexa que feneció unilateralmente por el dador de laborío. Aduce que durante toda la relación laboral estuvo afiliado a la organización sindical SINTRACREDITARIO, siendo beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita el 15 de abril de 1998 para la vigencia 1998-1999, por ser la aplicable al momento del despido. Refiere que cumplió los 55 años el 21 de octubre de 2011 y, reclamó el reconocimiento pensional el 12 de junio de 2018 agotando así la reclamación administrativa.

CONTESTACIÓN: La pasiva **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL - UGPP**, contestó el *libelo introductor* oponiéndose a todas las pretensiones incoadas en su contra, por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

considerar que al cumplir la edad pensional con posterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2010, su derecho es inexistente.

Excepciones: Propuso como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y prescripción, folios 66 a 69.

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 10 de marzo de 2020, resolvió **condenar** a la demandada a reconocer y pagar a **Fredys Enrique Vanegas Echavarría** la pensión de jubilación convencional, a partir del 21 de octubre de 2013 en cuantía igual a \$1'922.533 y en adelante, por 14 mesadas al año con todos los respectivos reajustes legales; **declarar** la compartibilidad pensional con la pensión reconocida por Colpensiones y la que se está reconociendo; **condenar** a la **UGPP** a reconocer y pagar al demandante el mayor valor resultante, si lo hay, entre la pensión hoy se declara y la que viene percibiendo de Colpensiones, a partir del 12 de junio de 2015 a razón de 14 mesadas al año y en adelante las que se causen, con los reajustes anuales a lugar; **autorizar** a la UGPP para que descuente los aportes en salud; **declarar probada** la excepción de prescripción de todas y cada una de las mesadas pensionales causadas y no pagadas con anterioridad al 12 de junio de 2015 y, no probadas las demás y, **condenar** en costas a la demandada (CD a folio 108).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que al momento de la terminación de la relación laboral el accionante era beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999 y, con ello, la pensión de jubilación del artículo 41 respecto de la cual cumple los requisitos pensionales. Declara probada parcialmente la excepción de prescripción, pues siendo exigible el derecho desde el 21 de octubre de 2013, reclamó su otorgamiento solo hasta el 12 de junio de 2018 estando afectadas



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

las causadas con antelación al 12 de junio de 2015. Concretó la compartibilidad con la pensión legal.

RECURSO DE APELACIÓN:

El DEMANDANTE interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo como reparo que debe concederse la indexación mes a mes de las mesadas causadas y no pagadas desde el 12 de junio de 2015 y, hasta que se realice la cancelación efectiva, conforme a lo enseñado por la H. Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia, en la medida que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda no debe ser asumida por el pensionado.

A su turno, la **parte demandada UGPP interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación**, manifestando como disidencia que la concesión de la prestación pensional atenta contra el principio de sostenibilidad financiera, pues al tener el carácter de pensión convencional, la misma fue limitada con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y su entrada en vigencia el 29 de julio de esa anualidad, al establecer la inexistencia de regímenes exceptuados desde el 31 de julio 2010. Más, cuando el tiempo y edad son presupuestos para el acceso al derecho, por lo que no se esta en presencia de un derecho adquirido. Alega que al consumarse el retiro y el reconocimiento pensional en el mismo año, no puede aducirse pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Parte demandante: manifestó como sustento de sus alegaciones, que de una lectura del artículo 41 convencional se evidencia la causación de la prestación pensional con el tiempo de servicio y el retiro; por lo que, se encuentra la adquisición del derecho mucho antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005. Solicita la modificación del fallo de primera instancia, en el sentido de *«reconocer la indexación mes a mes de las mesadas causadas y no pagadas por parte de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP»*, incluyendo las mesadas de junio y diciembre desde el 21 de octubre de 2013 y hasta cuando se verifique su pago.

Parte demandada: La convocada a juicio reseñó que si bien el tiempo de servicio se cumplió antes del 31 de julio de 2010, lo cierto es que a tal data únicamente contaba con 51 años de edad lo que le impide ser acreedor de la prestación convencional al tenor del parágrafo 3° del Acto Legislativo 01 de 2005. Aclarando que *«no se puede interpretar la norma exponiendo que el cumplimiento de la edad hace parte del disfrute de la pensión y que no es un requisito para acceder a este tipo de prestaciones, porque de no serlo pues la norma no lo hubiese indicado en su texto, pero el artículo 41 de esta convención indica que la edad es un requisito para acceder a dicha prestación. No se puede interpretar de manera diferente el texto de la norma, indicando que con sólo el cumplimiento del tiempo de servicio se tiene un derecho adquirido, no podemos expresar que son derechos adquiridos cuando no se han cumplido con ambos requisitos, esto es edad y tiempo de servicio»*. Concluye manifestando que para la fecha de arribo a los 55 años por VANEGAS ECHAVARRIA, la convención colectiva de trabajo ya había perdido vigencia.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

C O N S I D E R A C I O N E S

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme deviene del documento radicado el 12 de junio de 2018, folios 57 a 62.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento, el recurso de apelación propuesto por las partes y el grado jurisdiccional de consulta, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si FREDYS ENRIQUE VANEGAS ECHAVARRIA es acreedor de la prestación pensional establecida en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 - 1999, suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero - SINTRACREDITARIO, teniendo en cuenta el límite impuesto por el parágrafo transitorio 3° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005.

BENEFICIOS CONVENCIONALES - LIMITE TEMPORAL

Al analizar las pruebas obrantes en el proceso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 y 61 del C.P.L., en especial, certificación de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

afiliación a SINTRACREDITARIO (fls.13), copia de convención colectiva de trabajo 1998 – 1999 con acta de deposito (fls.14 a 51), copia de registro civil de nacimiento y documento de identificación (fls.52 y 53), documento de terminación contractual y liquidación final (fls.54 y 55), certificación emitida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (fl. 56), reclamación administrativa (fls.57 a 62) y copia de documentales relativas a relación laboral (fls.86 a 100); probanzas de las cuales se colige, que la parte activa laboró al servicio de la CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO en el último cargo de Agente Compras Oro - Grado 5, por el lapso del 1 de junio de 1979 al 27 de junio de 1999 (folio 56 y 86), igualmente se acredita que cuenta con 61 años de edad y cumplió 55 años el 21 de octubre de 2013, pues nació el mismo día y mes del año 1958 (folios 52 y 53), su condición de afiliado a la organización sindical SINTRACREDITARIO y beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo según certificado militante a folio 13; supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes procesales, en esta segunda instancia.

En el caso de autos, el demandante señor Fredys Enrique Vanegas Echavarría solicita el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional estatuida en el artículo 41 de la Convención Colectiva de trabajo vigente para los años 1998-1999, por considerar cumplidos los requisitos allí contenidos; la cual, cabe decir, fue allegada con el lleno de los requisitos legales contemplados en el artículo 467 del CST.

En su artículo 41² estableció:

«A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.»

² Folio 25 vuelto y 26.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

(...)

PARÁGRAFO 1o. El trabajador que se retire o sea retirado sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la Institución.

(...)

Pensión ésta, que nace a la vida jurídica con el tiempo de servicios exigidos por ella y el retiro del servicio, siendo la edad requerida un simple elemento de exigibilidad de la prestación y no de causación, conforme lo dijo la Corte Suprema de Justicia, entre muchas, en las sentencias SL 722-2019, SL 289-2018 y SL 1098 -2019 rad. 82776 de 20 de marzo de 2019, al indicar:

«Para dar respuesta, es necesario precisar que esta Corporación ya resolvió el problema planteado en reciente pronunciamiento CSJ SL526-2018, reiterado, entre otros, mediante fallo CSJ SL4550-2018, en el que la Sala tuvo oportunidad de analizar el artículo 41 de la convención colectiva de trabajo, para establecer cuáles son los requisitos para acceder a la pensión allí estatuida decisión que, por su importancia, será transcrita en extenso, así:

(...)

Pues bien, preliminarmente habrá que decir para resolver la controversia propuesta en el recurso es que para la Sala fluye indubitable que la redacción del artículo 41 convencional en estudio, particularmente en su Parágrafo 1º, desde su vista gramatical, sistemática y teleológica o finalística no tiene más que una lectura: 1) que se aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo de marras perdieron la condición de trabajadores activos; 2) que para la estructuración del derecho pensional se exige haberse prestado cuando menos veinte (20) años de servicio a la citada empresa; y 3) que el disfrute o goce de la prestación se produzca cuando se arriba por el ex trabajador a la edad de cincuenta (50) años, si se es mujer, y de cincuenta (55) años, si se es hombre.

*Esto último habrá de resaltarse por constituir el meollo del asunto, ya que en criterio de la Corte, y tal cual lo alega el recurrente, **la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración***



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute.

(...)

*Ante tal situación lo que fuerza concluir es que los requisitos de la pensión así prevista se reducen a dos: **la prestación de servicios durante un determinado tiempo, para este caso 20 años, y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa; y la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional.***

(...)

Es totalmente entendible la anterior afirmación si se observa que el cumplimiento de la edad pensional en estos casos resulta totalmente indiferente a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, dado que para el momento en que el ex trabajador cumple la edad establecida en la norma pensional convencional se requerirá que la relación laboral haya perdido su vigencia.

(...)» (Resalta la Sala)

De donde se concluye que, para adquirir el derecho a la pensión reclamada, basta con acreditar el tiempo de servicios y el retiro, bien por decisión del trabajador ora por determinación del dador de laborio, siendo la edad un requisito de exigibilidad mas no de causación del derecho.

Ahora, si bien el parágrafo transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005 señala que las reglas de carácter pensional, determinadas en convenciones colectivas, pactos colectivos, laudos arbitrales y acuerdos entre las partes perderán vigencia el 31 de julio de 2010, lo cierto es que aquella restricción constitucional no es aplicable al ex trabajador, en la medida que el tiempo de servicios y la desvinculación, se encontró enmarcada dentro de la vigencia de la convención y, por ende con anterioridad a la data contenida en el mencionado Acto Legislativo, como pasa a explicarse.

De la documental militante a folios 56 y 86 de las diligencias, se corrobora que el demandante cumple con el tiempo de servicios, en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

tanto logró demostrar haber laborado como trabajador oficial al servicio de la CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO del 1° de junio de 1979 al 27 de junio de 1999, para un total de 20 años y 26 días.

Así mismo, según los referidos legajos y la carta visible a folio 54, su contrato culminó el 27 de junio de 1999, ello es, con anterioridad al 31 de julio de 2010 por lo que al ser beneficiario de la misma, tiene derecho a la pensión allí establecida.

De otro lado, en cuanto al requisito de edad, según el registro civil de nacimiento que obra a folio 52 y la copia del documento de identificación a folio 53, se tiene que nació el 21 de octubre de 1958, cumpliendo los 55 años de edad el mismo día y mes del año 2013.

Conforme a ello, se dan los presupuestos establecidos en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo para que el actor acceda a la pensión deprecada, esto es, 20 años de servicios, el retiro de las labores y 55 años de edad.

MESADA PENSIONAL E INDEXACIÓN

En lo que se refiere al valor y monto de la mesada pensional, la Sala se remite a lo establecido en el inciso primero y parágrafo 3°, artículo 41 del instrumento convencional esto es *«tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios»*, adicionando en parágrafo 3° que:

«La pensión se liquidará así:

Primer Factor Fijo. *Ultimo sueldo básico mensual más primas de antigüedad y/o técnica si las estuviere devengando.*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Segundo Factor. *Valores Variables. Salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación si los hubiere, primas semestrales, primas habituales o permanente, horas extras, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante ciento ochenta (180) días o más y el valor de la sobrerremuneración en el caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente, devengados durante el último año.*

Los valores anteriores se suma y dividen por doce (12), con lo cual se obtiene el segundo factor.

De la suma de estos dos factores se tomará el 75% establecido»

Conforme a ello, encuentra la Sala que el primer factor fijo equivale a \$736.296 y, en lo tocante al segundo factor, éste comportará todos los *items* incluidos en la certificación visible a folio 56, en la medida que los artículos 30 y 31 de la Convención Colectiva de Trabajo permiten catalogar la prima escolar y prima de vacaciones como una prestación habitual y permanente; razón por la cual, se encuentra acierto en el monto asignado por el *A quo* y que atañe a **\$1'196.338**.

Suma ésta que se indexa bajo los apremios de la sentencia SL-736 de 2013 Magistrado Ponente Dr. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO, en la que estableció que la misma procede para todas las pensiones legales o extralegales, aplicando para ello, la fórmula establecida por dicha Corporación en sentencia No. 34069 del 28 de mayo de 2008, y que se vislumbra en un caso de símiles contornos facticos en la sentencia SL 722-2019, y que corresponde a:

$$\begin{aligned} & \$1'196.338 \times \frac{\text{IPC FINAL (IPC diciembre 2012 - 111,81576)}}{\text{IPC INICIAL (IPC diciembre 1998 - 52,18481)}} \end{aligned}$$

Total ingreso base indexado: **\$2'563.378**

Valor al que se le aplica el **75%** para una mesada pensional de **\$1'922.533** al 21 de octubre de 2013, como con acierto lo estableció el *A quo*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Así mismo, el retroactivo que se genere desde la fecha de otorgamiento de la prestación y hasta el día de su pago, por catorce mesadas al año³, deberá ser indexado al momento de su pago con base en la fórmula ya indicada, tomando como IPC INICIAL el de causación de cada mesada pensional y como IPC FINAL el vigente al momento de su cancelación, como lo reclamó la activa en la alzada, por ser la consecuencia directa de la pérdida adquisitiva del dinero.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Se procede a analizar tal pedimento bajo el grado jurisdiccional de consulta, refiriendo inicialmente que en materia laboral existen normas que rigen en forma especial no sólo la parte sustantiva, sino en la parte adjetiva, es así como encontramos que el artículo 151 del CPT y artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo respecto al asunto de la prescripción consagra que *«Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto»* (Subraya y resalta la Sala).

En este orden de ideas, para efectos de no permitir que el transcurso del tiempo extinga las acciones o derechos a que haya lugar, es menester conforme a lo antedicho, que el trabajador eleve reclamación de los derechos que pretende le sean reconocidos, eso sí dentro del

³ Acto Legislativo 01 de 2005: *«Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. **Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento**».*

(...)

Parágrafo transitorio 6°. *Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8° del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año»*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

término mismo de la prescripción, obviamente para que opere la figura de la interrupción del mismo.

Bajo este horizonte y descendiendo al caso bajo estudio, del material probatorio y legalmente recaudado, se evidencia que una vez arribó a la edad pensional FREDYS ENRIQUE VANEGAS ECHAVARRIA el 21 de octubre de 2013, es desde ese momento que el actor contaba con el término de tres (3) años para elevar la correspondiente reclamación, misma que fue ejecutada el 12 de junio de 2018 (folios 57 a 62), encontrándose interrumpido el reclamo pensional, por lo que, aquella solicitud tiene la virtualidad para suspender el termino prescriptivo respecto de las prestaciones periódicas causadas con antelación.

Razón por la cual, es que fluye innegable que el derecho aquí reclamado se encuentra afectado por el fenómeno prescriptivo, concluyéndose en la confirmación de la sentencia de instancia en la medida que declaró afectadas por el ya analizado fenómeno, aquellas causadas con antelación al 12 de junio de 2015, data para la cual, la mensualidad pensional ascendía a \$2'031.560.

DE LA COMPARTIBILIDAD

Al respecto, se advierte que ante la consumación de la pensión extralegal desde el 21 de octubre de 2013, la prestación aquí reconocida será compartida con la de vejez que reconoció COLPENSIONES al demandante a través de la Resolución GNR 2230 de 7 de enero de 2015 (folios 96 a 100), quedando a cargo de la accionada el pago del mayor valor, si lo hubiere, de conformidad con el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, tal y como lo dispuso el *A quo* en la determinación de primer grado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Así, concediendo Colpensiones una mesada en cuantía de \$1'090.552 para el año 2013, se halla que para la calenda de prescripción la misma ascendió a \$1'152.397, estando a cargo de la UGPP un valor de \$879.163. Respecto de lo cual se adicionará la sentencia de primer grado a fin de concretar los montos pensionales debidos.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, en la medida que presentó una oposición injustificada, como se probó. En esta segunda instancia sin costas dado el resultado de alzada, al salir prospero el reclamo de uno de los extremos.

En mérito a lo expuesto **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., SALA LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el **NUMERAL TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de esta ciudad en audiencia pública celebrada el 10 de marzo de 2020, dentro del proceso ordinario laboral de le referencia, en el sentido concretar que el mayor valor a pagar por la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES ARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL - UGPP** para la anualidad 2015, asciende a \$879.163, al tenor de los considerandos.

SEGUNDO: ADICIONAR el **NUMERAL TERCERO** de la providencia recurrida, en el sentido de **CONDENAR** al pago del retroactivo pensional debidamente indexado al momento de su cancelación efectiva, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia apelada en lo demás.

CUARTO: COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia sin costas, dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JORGE ENRIQUE ROSAS PUERTAS** CONTRA **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de julio del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: El señor **JORGE ENRIQUE ROSAS PUERTAS** por intermedio de apoderado judicial, persigue se declare que es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999 suscrita entre la Caja de Crédito Agrario y SINTRACREDITARIO; como consecuencia, se reconozca y pague la pensión de jubilación convencional a partir del 17 de mayo de 2012, junto con la actualización del último salario promedio mensual, reajustes legales, mesadas adicionales, indexación de las mesadas pensionales, costas y agencias en derecho (fls.5 y 6).

Fundamenta su *petitum* en los supuestos de facto relatados a folios 4 y 5 de las diligencias, que en síntesis advierten el vínculo laboral como trabajador con la CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO por un periodo de 22 años, 11 meses y 5 días, desempeñando como último cargo el de Director Técnico Administrativo y Zonal, grado 18, en la oficina de Bogotá, devengando como último salario promedio la suma de \$2'326.788, nexa que feneció unilateralmente por el dador de laborío el 28 de junio de 1999. Aduce que durante toda la relación laboral estuvo afiliado a la organización sindical SINTRACREDITARIO, siendo beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita el 15 de abril de 1998 para la vigencia 1998-1999, por ser la aplicable al momento del despido y al reconocérsele auxilio por pensión. Refiere que cumplió los 55 años el 17 de mayo de 2012 por nacer el mismo día y año de 1957 y, que reclamó el reconocimiento pensional el 23 de marzo de 2018 la cual fue zanjada desfavorablemente en Resolución RDP 023320 de 21 de junio de 2018.

CONTESTACIÓN: La pasiva **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LA PROTECCION SOCIAL - UGPP, contestó el *libelo introductor* oponiéndose a todas las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que al cumplir la edad pensional con posterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2010, no es beneficiario de los efectos de la Convención Colectiva de Trabajo. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y prescripción, folios 72 a 76, 93 y 94.

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 12 de febrero de 2020, resolvió **condenar** a la demandada a pagar a **Jorge Enrique Rosas Puertas** la pensión de jubilación de carácter convencional en los términos del art. 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, a partir del 17 de mayo de 2012 en cuantía inicial de \$3'650.377, frente a la cual, teniendo en cuenta la compartibilidad se reconocerá únicamente el mayor valor correspondiente a \$1'579.879, entre este valor reconocido y la pensión de carácter legal que a partir de la misma fecha viene disfrutando el demandante. Esta pensión se reconocerá en 14 mesadas pensionales anuales, por lo cual, si se reconoció la prestación pensional en 13 mesadas por Colpensiones, se reconocerá además de la diferencia de la mesada adicional todo lo anterior; igualmente el retroactivo que se ha venido causando y que no se encuentra afectado por la prescripción, se pagará debidamente indexado o actualizado desde la fecha de causación de cada una de las diferencias o mesadas y hasta su momento efectivo de pago o inclusión en nómina con el valor que corresponde al momento de la inclusión; **declarar probada parcialmente** la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas y diferencias causadas con anterioridad al 3 de marzo de 2015, por lo cual para el 3 de marzo de 2015 corresponderá como diferencia a cargo de la UGPP el valor de \$1'710.209, más la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

mesada adicional que no se está pagando por Colpensiones de \$3'951.510 para el año 2015 y, **condenar** en costas a la demandada (CD a folio 152).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que al momento de la terminación de la relación laboral el accionante era beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999 y, con ello, la pensión de jubilación del artículo 41 respecto de la cual cumple los requisitos pensionales. Declara probada parcialmente la excepción de prescripción, pues reclamó su otorgamiento solo hasta el 3 de marzo de 2018 estando afectadas las causadas con antelación al 3 de marzo de 2015. Concretó la compartibilidad con la pensión legal reconocida por Colpensiones, estando a cargo de la UGPP el mayor valor con aquella e incluyendo la mesada adicional catorce.

RECURSO DE APELACIÓN:

La **parte demandada UGPP interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación**, manifestando como disidencia que el parágrafo transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005 estipuló la pérdida de las reglas de carácter pensional convencionales al 31 de julio de 2010, con el propósito de evitar la proliferación de pensiones a favor de un único beneficiario y acabar los dispersos regímenes; lo que igualmente fue concretado por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de enero de 2019 bajo rad. 377. Motivo por el cual, señala que el actor no cumple con los requisitos del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo, por no arribar a la edad antes del 31 de julio de 2010. Aunado a la ausencia de solicitud de pensión sanción en la demanda, lo que impidió que emitiera un pronunciamiento al respecto y conduce a declarar la excepción de inexistencia de la obligación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: manifestó como sustento de sus alegaciones, que de una lectura del artículo 41 convencional se evidencia la causación de la prestación pensional con el tiempo de servicio y el retiro; por lo que, se encuentra la adquisición del derecho mucho antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005. Solicita la confirmación del fallo de primera instancia, que reconoció la acreencia a partir del 17 de mayo de 2012, junto con las mesadas adicionales y el retroactivo debidamente indexado.

Parte demandada: La convocada a juicio reseñó que si bien el tiempo de servicio se cumplió antes del 31 de julio de 2010, lo cierto es que a tal data únicamente contaba con 53 años de edad lo que le impide ser acreedor de la prestación convencional al tenor del parágrafo 3° del Acto Legislativo 01 de 2005. Aclarando que *«no se puede interpretar la norma exponiendo que el cumplimiento de la edad hace parte del disfrute de la pensión y que no es un requisito para acceder a este tipo de prestaciones, porque de no serlo pues la norma no lo hubiese indicado en su texto, pero el artículo 41 de esta convención indica que la edad es un requisito para acceder a dicha prestación. No se puede interpretar de manera diferente el texto de la norma, indicando que con sólo el cumplimiento del tiempo de servicio se tiene un derecho adquirido, no podemos expresar que son derechos adquiridos cuando no se han cumplido con ambos requisitos, esto es edad y tiempo de servicio»*. Concluye manifestando que para la fecha de arribo a los 55 años por ROSAS PUERTAS, la convención colectiva de trabajo ya había perdido vigencia.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme deviene del documento radicado el 23 de marzo de 2018, folios 21 a 26.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento, el recurso de apelación propuesto por las partes y el grado jurisdiccional de consulta, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si JORGE ENRIQUE ROSAS PUERTAS es acreedor de la prestación pensional establecida en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 - 1999, suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero - SINTRACREDITARIO, teniendo en cuenta el límite impuesto por el párrafo transitorio 3° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005.

BENEFICIOS CONVENCIONALES - LIMITE TEMPORAL

Al analizar las pruebas obrantes en el proceso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de registro civil de nacimiento y documento de identificación (fls.17 y 18),



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

certificación emitida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (fl. 19), documento de liquidación final del contrato (fls.20), reclamación administrativa (fls.21 a 26), certificación de afiliación a SINTRACREDITARIO (fls.27), copia de convención colectiva de trabajo 1998 – 1999 con acta de depósito (fls.28 a 65), medio magnetofónico contentivo de expediente administrativo (fls.91), acta de notificación y Resoluciones RDP 023320 de 21 de junio de 2018 (fls.96 a 101), reporte RUAF (fls.102 y 103) y acto administrativo GNR 21035 de 21 de enero de 2014 (fls.117 a 121); probanzas de las cuales se colige, que la parte activa laboró al servicio de la CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO en el último cargo de Director Técnico Administrativo y Zonal - Grado 18, por varios interregnos correspondientes a 19 de diciembre de 1975 a 11 de enero de 1976; 12 de enero de 1976 al 26 de enero de 1976; de 27 de enero de 1976 a 25 de febrero de 1976; de 9 de marzo de 1976 a 27 de abril de 1976; de 28 de abril de 1976 a 27 de mayo de 1976; de 29 de mayo de 1976 a 23 de junio de 1976; de 24 de junio de 1976 al 23 de julio de 1976 y, del 23 de julio de 1976 a 27 de junio de 1999 (folio 19), igualmente se acredita que cuenta con 63 años de edad y cumplió 55 años el 17 de mayo de 2012, pues nació el mismo día y mes del año 1957 (folios 17 y 18), su condición de afiliado a la organización sindical SINTRACREDITARIO y beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo según certificado militante a folio 27; supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes procesales, en esta segunda instancia.

En el caso de autos, el demandante señor JORGE ENRIQUE ROSAS PUERTAS solicita el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional estatuida en el artículo 41 de la Convención Colectiva de trabajo vigente para los años 1998-1999, por considerar cumplidos los requisitos allí contenidos; la cual, cabe decir, fue allegada con el lleno de los requisitos legales contemplados en el artículo 467 del CST.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En su artículo 41² estableció:

«A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

(...)

PARÁGRAFO 1o. El trabajador que se retire o sea retirado sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la Institución.

(...)

Pensión ésta, que nace a la vida jurídica con el tiempo de servicios exigidos por ella y el retiro del servicio, siendo la edad requerida un simple elemento de exigibilidad de la prestación y no de causación, conforme lo dijo la Corte Suprema de Justicia, entre muchas, en las sentencias SL 722-2019, SL 289-2018 y SL 1098 -2019 rad. 82776 de 20 de marzo de 2019, al indicar:

«Para dar respuesta, es necesario precisar que esta Corporación ya resolvió el problema planteado en reciente pronunciamiento CSJ SL526-2018, reiterado, entre otros, mediante fallo CSJ SL4550-2018, en el que la Sala tuvo oportunidad de analizar el artículo 41 de la convención colectiva de trabajo, para establecer cuáles son los requisitos para acceder a la pensión allí estatuida decisión que, por su importancia, será transcrita en extenso, así:

(...)

Pues bien, preliminarmente habrá que decir para resolver la controversia propuesta en el recurso es que para la Sala fluye indubitable que la redacción del artículo 41 convencional en estudio, particularmente en su Parágrafo 1º, desde su vista gramatical, sistemática y teleológica o finalística no tiene más que una lectura: 1) que se aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo de marras perdieron la condición de trabajadores activos; 2) que para la estructuración del derecho pensional se exige haberse prestado cuando menos veinte (20)

² Folio 25 vuelto y 26.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

años de servicio a la citada empresa; y 3) que el disfrute o goce de la prestación se produzca cuando se arriba por el ex trabajador a la edad de cincuenta (50) años, si se es mujer, y de cincuenta (55) años, si se es hombre.

*Esto último habrá de resaltarse por constituir el meollo del asunto, ya que en criterio de la Corte, y tal cual lo alega el recurrente, **la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute.***

(...)

*Ante tal situación lo que fuerza concluir es que los requisitos de la pensión así prevista se reducen a dos: **la prestación de servicios durante un determinado tiempo, para este caso 20 años, y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa; y la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional.***

(...)

Es totalmente entendible la anterior afirmación si se observa que el cumplimiento de la edad pensional en estos casos resulta totalmente indiferente a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, dado que para el momento en que el ex trabajador cumple la edad establecida en la norma pensional convencional se requerirá que la relación laboral haya perdido su vigencia.

(...)» (Resalta la Sala)

De donde se concluye que, para adquirir el derecho a la pensión reclamada, basta con acreditar el tiempo de servicios y el retiro, bien por decisión del trabajador ora por determinación del dador de laborio, siendo la edad un requisito de exigibilidad mas no de causación del derecho.

Ahora, si bien el parágrafo transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005 señala que las reglas de carácter pensional, determinadas en convenciones colectivas, pactos colectivos, laudos arbitrales y acuerdos entre las partes perderán vigencia el 31 de julio de 2010, lo cierto es que aquella restricción constitucional no es aplicable al ex trabajador, en la medida que el tiempo de servicios y la desvinculación, se encontró



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

enmarcada dentro de la vigencia de la convención y, por ende con anterioridad a la data contenida en el mencionado Acto Legislativo, como pasa a explicarse.

De la documental militante a folios 56 y 86 de las diligencias, se corrobora que el demandante cumple con el tiempo de servicios, en tanto logró demostrar haber laborado como trabajador oficial al servicio de la CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO del 19 de diciembre de 1975 a 11 de enero de 1976 *-23 días-*; 12 de enero de 1976 al 26 de enero de 1976 *-15 días -*; de 27 de enero de 1976 a 25 de febrero de 1976 *-29 días -*; de 9 de marzo de 1976 a 27 de abril de 1976 *-1 mes y 19 días-*; de 28 de abril de 1976 a 27 de mayo de 1976 *-30 días-*; de 29 de mayo de 1976 a 23 de junio de 1976 *-25 días -*; de 24 de junio de 1976 al 27 de julio de 1976 *- 29 días -* y, del 23 de julio de 1976 a 27 de junio de 1999 *-22 años, 11 meses y 5 días -* (folio 19), para un total de **23 años, 5 meses y 25 días.**

Así mismo, según los referidos legajos su contrato culminó el 27 de junio de 1999, ello es, con anterioridad al 31 de julio de 2010 por lo que al ser beneficiario de la misma, tiene derecho a la pensión allí establecida.

De otro lado, en cuanto al requisito de edad, según el registro civil de nacimiento que obra a folio 17 y la copia del documento de identificación a folio 18, se tiene que nació el 17 de mayo de 1957, cumpliendo los 55 años de edad el mismo día y mes del año 2012.

Conforme a ello, se dan los presupuestos establecidos en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo para que el actor acceda a la pensión deprecada, esto es, 20 años de servicios, el retiro de las labores y 55 años de edad.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

MESADA PENSIONAL E INDEXACIÓN

En lo que se refiere al valor y monto de la mesada pensional, la Sala se remite a lo establecido en el inciso primero y parágrafo 3°, artículo 41 del instrumento convencional esto es «*tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios*», adicionando en parágrafo 3° que:

«La pensión se liquidará así:

Primer Factor Fijo. *Ultimo sueldo básico mensual más primas de antigüedad y/o técnica si las estuviere devengando.*

Segundo Factor. *Valores Variables. Salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación si los hubiere, primas semestrales, primas habituales o permanente, horas extras, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante ciento ochenta (180) días o más y el valor de la sobrerremuneración en el caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente, devengados durante el último año.*

Los valores anteriores se suma y dividen por doce (12), con lo cual se obtiene el segundo factor.

De la suma de estos dos factores se tomará el 75% establecido»

Conforme a ello, encuentra la Sala que el primer factor fijo equivale a \$1'606.228 y, en lo tocante al segundo factor, éste comportará todos los *items* incluidos en la certificación visible a folio 19, en la medida que los artículos 30 y 31 de la Convención Colectiva de Trabajo permiten catalogar la prima escolar y prima de vacaciones como una prestación habitual y permanente; razón por la cual, se encuentra acierto en el monto asignado por el *A quo* y que atañe a **\$2'326.788**.

Suma ésta que se indexa bajo los apremios de la sentencia SL-736 de 2013 Magistrado Ponente Dr. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO, en la que estableció que la misma procede para todas las pensiones legales o extralegales, aplicando para ello, la fórmula establecida por dicha Corporación en sentencia No. 34069 del 28 de mayo de 2008, y que se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

vislumbra en un caso de símiles contornos facticos en la sentencia SL 722-2019, y que corresponde a:

$$\begin{aligned} & \$2'326.788 \times \text{IPC FINAL (IPC diciembre 2011 - 109,1574)} \\ & \text{IPC INICIAL (IPC diciembre 1998 - 52,18481)} \end{aligned}$$

Total ingreso base indexado: **\$4'867.050**

Valor al que se le aplica el **75%** para una mesada pensional de **\$3'650.288** al 17 de mayo de 2012, monto que pese a ser mínimamente disímil al impuesto por el *A quo*, se dispondrá su modificación en grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP.

Así mismo, el retroactivo que se genere desde la fecha de otorgamiento de la prestación y hasta el día de su pago, por catorce mesadas al año³, deberá ser indexado al momento de su pago con base en la fórmula ya indicada, tomando como IPC INICIAL el de causación de cada mesada pensional y como IPC FINAL el vigente al momento de su cancelación.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Se procede a analizar tal pedimento bajo el grado jurisdiccional de consulta, refiriendo inicialmente que en materia laboral existen normas que rigen en forma especial no sólo la parte sustantiva, sino en la parte adjetiva, es así como encontramos que el artículo 151 del CPT y artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo respecto al asunto de la

³ Acto Legislativo 01 de 2005: «Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. **Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento**».

(...)

Parágrafo transitorio 6°. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8° del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

prescripción consagra que «Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto» (Subraya y resalta la Sala).

En este orden de ideas, para efectos de no permitir que el transcurso del tiempo extinga las acciones o derechos a que haya lugar, es menester conforme a lo antedicho, que el trabajador eleve reclamación de los derechos que pretende le sean reconocidos, eso sí dentro del término mismo de la prescripción, obviamente para que opere la figura de la interrupción del mismo.

Bajo este horizonte y descendiendo al caso bajo estudio, del material probatorio y legalmente recaudado, se evidencia que una vez arribó a la edad pensional JORGE ENRIQUE ROSAS PUERTAS el 17 de mayo de 2012, es desde ese momento que el actor contaba con el término de tres (3) años para elevar la correspondiente reclamación, misma que fue ejecutada el 23 de marzo de 2018 (folio 21), encontrándose interrumpido el reclamo pensional, por lo que, aquella solicitud tiene la virtualidad para suspender el término prescriptivo respecto de las prestaciones periódicas causadas con antelación.

Razón por la cual, es que fluye innegable que el derecho aquí reclamado se encuentra afectado por el fenómeno prescriptivo, concluyéndose en la confirmación de la sentencia de instancia en la medida que declaró afectadas por el ya analizado fenómeno, aquellas causadas con antelación al 23 de marzo de 2015, teniendo para tal data como valor de la mensualidad la suma de \$3'951.414.

DE LA COMPARTIBILIDAD

Al respecto, se advierte que ante la consumación de la pensión extralegal desde el 17 de mayo de 2012, la prestación aquí reconocida



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

será compartida con la de vejez que reconoció COLPENSIONES al demandante a través de la Resolución GNR 21035 de 21 de enero de 2014 (folios 117 a 121), quedando a cargo de la accionada el pago del mayor valor de conformidad con el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, tal y como lo dispuso el *A quo* en la determinación de primer grado.

Así, concediendo Colpensiones una mesada en cuantía de \$2'070.498 para el año 2012, se halla que para la calenda de prescripción la misma ascendió a \$2'241.301, estando a cargo de la UGPP un valor de \$1'710.113.

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, en la medida que presentó una oposición injustificada, como se probó. En esta segunda instancia sin costas dado el resultado de alzada en grado jurisdiccional de consulta.

En mérito a lo expuesto **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., SALA LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el **NUMERAL PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de esta ciudad en audiencia pública celebrada el 12 de febrero de 2020, dentro del proceso ordinario laboral de le referencia, en el sentido concretar que la mesada pensional para el 17 de mayo de 2012 asciende a \$3'650.288 y, el mayor valor para tal data a la suma de \$1'579.790, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

SEGUNDO: MODIFICAR el **NUMERAL SEGUNDO** del proveído de primera instancia, en el sentido de establecer que la mesada pensional para el 3 de marzo de 2015 concierne a \$3'951.414 y la diferencia a reconocer como mayor valor para esa anualidad atañe a \$1'710.113, al tenor de lo expuesto en los considerandos.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia apelada en lo demás.

CUARTO: COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia sin costas, dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARGARITA BUENDÍA RODRÍGUEZ** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de julio del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz** identificada con cedula de ciudadanía No. 31.486.436 de Yumbo y tarjeta profesional

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriada el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

303.924 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. María Juliana Mejía Giraldo.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **MARGARITA BUENDÍA RODRÍGUEZ** a través de apoderado judicial, persigue se condene al reconocimiento y pago de la reliquidación pensional a partir del 12 de marzo de 2007, en concordancia con el Decreto 758 de 1990 y con la inclusión de los factores salariales y aportes realizados durante toda su vida laboral, junto con los intereses moratorios, indexación, costas y agencias en derecho (folios 2 y 3-Expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 y 4 de las diligencias, que en síntesis advierten que nació el 12 de marzo de 1952 y le fue reconocida pensión de vejez por medio de la Resolución No. 23771 de 2007, con un IBL de \$724.185 y una tasa de reemplazo del 81% por 1.148 semanas de cotización, cuando realmente tiene una densidad de aportes de 1152 semanas y derecho a una tasa de reemplazo equivalente al 84%. Que por lo precedente reclamó la reliquidación de la cuantía pensional, misma que fue zanjada de manera desfavorable a través del Acto Administrativo SUB 160464 de 16 de agosto de 2017. Determinación confirmada en las Resoluciones SUB 193492 de 13 de septiembre, DIR 17444 de 6 de octubre de 2017 y SUB 255929 de 27 de septiembre de 2018.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONTESTACIÓN: La llamada a debate **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al anunciar que la entidad actuó de conformidad con el inciso 3°, artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues al momento del otorgamiento prestacional «se realizó con la normatividad más favorable». **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y las que resulten probadas en el curso del litigio, Folio 66 a 73 del Exp. Digital.

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 17 de junio de 2020, resolvió **declarar probadas** las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido, respecto de la pretensión de reliquidación por IBL, y no probadas respecto de la condena por reliquidación de tasa de remplazo, así como declarar probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las diferencias pensionales causadas antes del 14 de junio de 2014; **declarar** que a MARGARITA BUENDÍA RODRÍGUEZ le asiste el derecho a la reliquidación de la pensión, aplicando una tasa de remplazo del 84% a un Ingreso Base de Liquidación de \$724.185, a partir de mayo de 2007, lo que genera para el año 2014 la mesada en suma de \$789.091; **condenar** a COLPENSIONES a pagar \$3'005.347 a la demandante, por diferencias no prescritas entre la pensión reconocida y la que le correspondía desde el 14 de junio de 2014 y hasta el 31 de mayo de 2020, valores que deberán ser indexados mes a mes desde la fecha de su causación y hasta cuando se produzca su pago; **condenar** a COLPENSIONES a pagar a la demandante a partir de junio de 2020 una mesada pensional por valor de \$1'029.599, y en adelante, con los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

reajustes legales y las mesadas adicionales que se causen; **autorizar** a COLPENSIONES a descontar del retroactivo reconocido los aportes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud, en la proporción que corresponda; **absolver** a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra y, **condenar** en costas a la demandada en proporción del 70% (audiencia virtual – exp. digital).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que si bien no se dan los presupuestos para reliquidar la prestación pensional con el promedio de toda la vida laboral, tanto por favorabilidad como por carecer de 1250 semanas; lo cierto es que al contar con una densidad de aportes en suma de 1.152 semanas según lo relata el reporte de semanas cotizadas, es que tiene derecho a una tasa de reemplazo equivalente al 84%, más cuando no se halla justificación razonable para que Colpensiones no la concediera en esos términos. Declara la prescripción de las diferencias pensionales anteriores al 14 de junio de 2014, por elevar reclamación administrativa hasta el mismo día y mes del año 2017, siendo que la pensión fue otorgada con acto administrativo del 30 de mayo de 2007. Absuelve de intereses moratorios por buscar la verdadera cuantía pensional y, en su lugar, accede a la indexación.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandada COLPENSIONES interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo como reparos que al solicitar la activa el reconocimiento de la pensión de vejez para la calenda de cumplimiento de la edad pensional, lo que fue aceptado, era hasta ese estadio que debían incluirse los aportes realizados. Siendo esa la razón para que, con corte de 12 de marzo de 2017, se computaran las 1.148 semanas aportadas al sistema; resultando inviable la inclusión de las semanas cotizadas con posterioridad, las que pueden entrar en la figura de devolución de aportes. Resalta que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

pese a corregirse en la Resolución No. 255926 de 2018 que las semanas son 1.149, ello no muta el porcentaje estatuido en el artículo 20 de la norma del asunto. Concluye peticionando la revocatoria de la sentencia de primer grado.

La parte demandante no elevó recurso de apelación.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: No presentó escrito dentro del término legal concedido.

Parte demandada: La convocada manifestó que actuó conforme a la ley y la jurisprudencia, al resolver el reconocimiento pensional bajo la normatividad más favorable, pues al ser *«un hecho indiscutido que la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según se observa en las pruebas obrantes en el plenario (...) el ingreso base de liquidación se puede calcular con la opción que prevé el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, “el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión”. Lo anterior, por cuanto a la demandante le hacían falta más de 10 años para adquirir la pensión cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993»*.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

C O N S I D E R A C I O N E S

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende del documento radicado ante la entidad el 14 de junio de 2017, folios 16 a 18.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de conocimiento, el recurso de alzada impetrado por Colpensiones y el estudio del grado jurisdiccional de consulta a favor de la citada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el dilucidar la viabilidad de aumentar la tasa de reemplazo bajo el abrigo del Decreto 758 de 1990.

STATUS DE PENSIONADA

Al analizar las pruebas allegadas al plenario, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 CPL, en especial, la copia de las Resoluciones No. 23771 de 30 de mayo de 2007, SUB 160464 de 16 de agosto de 2017, SUB 193492 de 13 de septiembre de 2017, DIR 17444 de 6 de octubre de 2017 y SUB 255929 de 27 de septiembre de 2018 (fls.11, 20 a 28, 34 a 49, 54 a 59), reporte de semanas cotizadas en pensiones (fls.12 a 15), reclamación administrativa (fls.16 a 18, 50 a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

52), copia de recursos de ley (fl.29 a 32), documento de identificación de la activa (fl.61) y expediente administrativo obrante en Colpensiones (exp. Digital – archivo titulado “*EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO*”); probanzas de las cuales se colige, tal como con acierto lo determinó el *A quo*, que a MARGARITA BUENDÍA RODRÍGUEZ le fue reconocida la pensión de vejez mediante Resolución No. 23771 de 30 de mayo de 2007, a partir del 12 de marzo de 2007 en cuantía inicial de \$586.590 y en aplicación a lo estatuido por la Acuerdo 049 de 1990 (folio 11), así mismo se constata que cuenta con 1.152,14 semanas aportadas al otrora Instituto de Seguros Sociales por el interregno del 15 de marzo de 1971 al 31 de marzo de 2007, últimos gestados por la accionante a nombre propio y a través del régimen subsidiado (folio 12 y expediente administrativo); supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia.

RELIQUIDACIÓN DE LA MESADA PENSIONAL – TASA DE REEMPLAZO

En lo que estrictamente interesa al *petitum demandatorio* y teniendo en cuenta la norma que regenta el reconocimiento prestacional de vejez a la accionante; se tiene que el parágrafo 2º del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 estatuyó la forma de liquidación del *quantum* pensional y en especial lo correspondiente a la tasa de reemplazo, advirtiendo que los afiliados tendrán derecho a aumentar el citado porcentaje por cada 50 semanas adicionales a las primeras 500, sientiendo el tope máximo el 90% que atañe a 1.250 semanas o más de aportes al sistema.

En esa medida, del reporte de semanas cotizadas en pensiones actualizado a 5 de septiembre de 2019², se logra constatar que la

² (Exp. Digital – archivo titulado “*EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO*”)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

convocante a juicio realizó aportes al subsistema de seguridad social en pensiones en monto de 1.152,14 semanas.

Empero, halla esta Sala de Decisión que pese a que el argumento de Colpensiones tiene eco en las resultas de esta instancia, en la medida que los aportes pensionales a computar conciernen, precisamente, a aquellos anteriores a la data de acceso a la pensión de vejez, pues de aceptar lo contrario implicaría la mutación de la fecha de disfrute y la devolución de los rubros obtenidos en tal lapso. Lo cierto que del conteo ejecutado por este Juez Colegiado, surgen cumplidos los requisitos para el incremento del porcentaje de reemplazo.

Nótese como del legajo contentivo de la historia laboral³ se registra que el último ciclo de cotización concernió a marzo de 2007, mes de cumplimiento de la edad mínima de MARGARITA BUENDÍA RODRIGUEZ por haber nacido el 12 de marzo de 1952 (folio 61). Así, al otorgarse la prestación desde la misma data lo propio era atender únicamente aquellos 12 días, dando paso a contabilizar por el citado mes únicamente 1.71 semanas.

De manera que, sumando aquel con los restantes ciclos cotizados que conciernen a 1.147,85 dan paso a una densidad global de 1.149,56 semanas, que al faltarle menos de 0.5 decimales es factible aproximar al número entero siguiente, ello es, 1.150 semanas de cotizaciones.

Aplicación que encuentra sustento en las enseñanzas impartidas por la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Laboral, en sentencia SL 3722-2019 con ponencia del H. Magistrado Fernando Castillo Cadena, al validar aquel acto en el marco de una justicia material para quien reclama el derecho, señalando en su literalidad que:

³ Ibídem.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«En efecto, de tiempo atrás la Sala ha sostenido que la fracción de semanas de cotización que supera el 0.5 debe acercarse al número entero siguiente por razones de justicia y equidad, como criterio auxiliar, así se indicó en las sentencias SL 4 dic.2002, rad.18991, SL 21 mar.2007, rad. 29147, y en la SL 24 ago.2010, rad. 39196, en la que se dijo:

Para ilustrar la posición de la Corte sobre el tema basta remitirse a la sentencia de 8 de abril de 2008, rad. N° 28547 donde dejó estas enseñanzas:

Bien se ha señalado por la doctrina que la equidad no es nada distinto de la justicia en el caso concreto y, si bien, el Sistema de Seguridad Social no se erige en un mecanismo de beneficencia ni de asistencia social, el resultado denegatorio de una pensión de sobrevivientes, perteneciente al mismo, por un faltante de 0.29 centésimas de una cifra, ciertamente que habilitaban al juzgador para ponderar adecuadamente la tensión resultante de la literalidad normativa con la equidad como criterio auxiliar, dentro del marco de la calidad de Estado Social de Derecho insuflado a Colombia por la Carta de 1991.

Y esa ponderación se torna imperativa porque, a diferencia de lo expuesto por la censura sobre la presunta actitud del conglomerado social respecto de las previas reglas fijadas para dispensar las prestaciones propias del Sistema de Seguridad Social Integral, una solución denegatoria, en el caso de la pensión de sobrevivientes, con compañera permanente e hijo involucrados, bajo el adusto y lapidario argumento de la aplicación ad litteram de la preceptiva en cuestión, lo que genera es un sentimiento de reprobación social ante el despropósito al que se llega, ya que es ostensible la vastísima desproporción entre los perjuicios trascendentes generados para quienes son excluidos de los beneficios del sistema por el irrito guarismo, con los presuntos que recibe el sistema al dispensar la prestación bajo las especialísimas circunstancias del sub lite.

*Y, la solución dada a la ponderación de las tensiones indicadas, estima la Sala, evita una manifiesta inequidad jurídica que, ciertamente, el legislador habría impedido, de haberlo podido prever, mas, **ante el carácter falible del ser humano que le restringe la posibilidad de avizorar la totalidad de la casuística futura, corresponde entonces al dispensador de justicia, en cada caso concreto, hacer actuar el derecho de una manera cuidadosa y prudentemente balanceada, ya que, como se ha dicho, no hay peor injusticia que la cometida so pretexto de administrar justicia.***

A la misma solución asumida por el Tribunal ha tenido que arribar la Corte, y por similares motivaciones, en pos de conjurar soluciones que se divorcian del sentido de equidad que debe permear cada decisión emitida, y a las que la existencia de los casos referenciados por el censor, antes que abrirlas paso, han de cerrárselo para evitar su repetición, consolidación o justificación en el ámbito judicial

Sea oportuno anotar que dicha línea jurisprudencial se ha reiterado en las sentencias SL2767- 2015, 11 mar.2015, rad.53440 y recientemente en la sentencia SL 982-2019, 13 mar.2019, rad.74249, entre otras tantas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

*De tal suerte que el Tribunal se equivocó cuando sin motivación alguna dejó de aproximar a 500, las 499,71 semanas que el causante aportó dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, esto es, entre el 6 de octubre de 1968 y el 6 de octubre de 1988, y por ello la sentencia ha de quebrarse. Como el cargo resulta próspero no es necesario abordar el estudio del segundo.
(...)»*

En tal contexto, habrá de tenerse por consumado el presupuesto de semanas cotizadas equivalentes a 1.150, para efectos de la mutación de la tasa de reemplazo.

Deviene de lo precedente, que la demandante es beneficiaria de la reliquidación de la mesada pensional por modificación de la tasa de reemplazo, conforme a lo manifestado por el Juez de Conocimiento en la providencia objeto de alzada y consulta, como quiera que al tenor del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 el porcentaje a aplicar sobre el ingreso base de liquidación a efectos del cálculo pensional, corresponde al 84% y no, al 81% impuesto por la llamada a debate en los sendos actos administrativos emitidos.

Al hilo de las anteriores anotaciones y, al no encontrarse en debate en esta segunda instancia del Ingreso Base de Liquidación reglado por Colpensiones desde la Resolución No. 023771 de 2007 (fls.11) correspondiente a \$724.185, se deriva como primera mesada pensional para el 12 de marzo de 2007 la suma de \$608.315, como acertadamente lo plasmó el Juez *A quo*.

De suerte que, habrá de acogerse la determinación condenatoria impartida en primera instancia bajo los términos aritméticos fulminados.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Establecido el derecho en cabeza de la demandante, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado en debida



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

forma por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones al contestar el introductorio.

Pues bien, de entrada ha de indicarse que en materia laboral existe normas que rigen en forma especial no sólo la parte sustantiva, sino en la parte adjetiva, es así como encontramos que el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo respecto al asunto de la prescripción consagra que: *«...Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto...»*. En este orden de ideas, para efectos de no permitir que el transcurso del tiempo extinga las acciones o derechos a que haya lugar, es menester conforme a lo antedicho, que el *petente* eleve reclamación de los derechos que pretende le sean reconocidos, eso sí dentro del término mismo de la prescripción, obviamente para que opere la figura de la interrupción del mismo.

Bajo este horizonte y descendiendo al caso bajo estudio, del material probatorio y legalmente recaudado, se evidencia que se reconoció la prestación pensional mediante la Resolución No. 023771 de 30 de mayo de 2007 (exp. digital), contando desde dicho estadio con la posibilidad de reclamar la reliquidación pensional, misma que se elevó hasta el 14 de junio de 2017 (fls. 16 a 18) y, al impetrar demanda ordinaria laboral el 5 de marzo de 2019 como figura en el acta individual de reparto militante a folio 1 del expediente digital, resulta indudable que en el presente asunto se encuentra afectado el derecho de las diferencias pensionales por el fenómeno del trienio prescriptivo, respecto de aquellas anteriores al 14 de junio de 2014.

De suerte que, se evidencia acertada la determinación del Juzgador de primer grado, dando paso igualmente a la confirmación de los rubros



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

debidos a título de retroactivo desde el 14 de junio de 2014, por su equivalencia con el cálculo desplegado por esta sede colegiada.

INDEXACIÓN

En lo que concierne a este punto, la Corporación de cierre de la Jurisdicción Laboral en la sentencia Rad. 36901 del 10 de mayo de 2011, enseñó que la corrección o actualización monetaria se aplica a todas las obligaciones laborales, como modo de resarcir el envilecimiento de su valor por el paso del tiempo, dentro de lo que se encuentra el retroactivo:

«La Corte también ha asentado que si bien es cierto no existe texto legal que consagre la llamada ‘indexación’ o corrección monetaria de las obligaciones laborales, distintas hoy, por ejemplo, al ingreso base de liquidación de la pensiones previstas en la Ley 100 de 1993 (artículo 21), como modo de resarcir el envilecimiento de su valor por el paso del tiempo en economías inflacionarias como la nuestra, que es lo que la Corte entiende dio por acreditado el Tribunal en el presente asunto, también lo es que resulta en un todo atendible la actualización de su valor por haberse afectado por el retardo en el pago de la prestación, de suerte que, para tenerse por pagado totalmente el crédito laboral, y no habiendo el legislador dispuesto otra forma de compensar el dicho efecto, debe incluirse la corrección monetaria que permita mantener el valor del aludido crédito. En otros términos, la indexación no es más ni menos que la actualización del valor del crédito, no un concepto distinto al de su real valor, como lo son, verbigracia, los intereses de mora, los perjuicios, las sanciones, las indemnizaciones, etc»

En claro lo anterior y siguiendo los lineamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, se confirma la orden para que las sumas reconocidas por concepto de retroactivo deberán cancelarse debidamente indexadas.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas están a cargo de Colpensiones por el resultado de la alzada y la ausencia de prosperidad en los reparos; se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

tasan como agencias en derecho la suma de \$600.000, líquidense en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 17 de junio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral seguido por **MARGARITA BUENDÍA RODRIGUEZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas están a cargo de Colpensiones por el resultado de la alzada y la ausencia de prosperidad en los reparos; se tasan como agencias en derecho la suma de \$600.000, líquidense en primera instancia.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ROSAURA PRIETO NAVARRO** CONTRA **CINDY MARLENY MOYA BERNAL** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de julio del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

SENTENCIA

DEMANDA: La señora **ROSAURA PRIETO NAVARRO** a través de apoderado judicial, persigue la declaratoria de la existencia de un

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriada el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

contrato de trabajo a término indefinido que la ató con la demandada en el interregno comprendido entre el 18 de febrero de 2012 al 19 de enero de 2016; como consecuencia de la anterior declaración, solita se condene a la encartada al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales causadas y no pagas en vigencia del vínculo contractual, la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T., así como las sanciones de que tratan los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del Estatuto Sustantivo Laboral, lo que resulte probado ultra y extra *petita*, las costas y agencias en derecho. (fl. 8 y 9).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 7 y 8 de las diligencias, en los que en síntesis advierte que prestó los servicios para la encartada en el establecimiento de comercio denominado «**EL CARNAVAL DE LA AREPA Y ALGO MAS**»; que se vinculó mediante contrato de trabajo verbal a término indefinido; que inició labores el 18 de febrero de 2012; que el último cargo desempeñado fue el de Cocinera; que las labores las ejecutó de lunes a sábado de 06:00 am a 07:00 pm; que el último salario que devengó asciende a la suma de \$30.000 pesos diarios.

Afirmó, que la contratante no le pago horas extras ni se las tuvo en cuenta como factor salarial; que el 19 de enero de 2016, y sin mediar justa causa, la demandada le dio por terminado el contrato de trabajo; que a la fecha de presentación de la demanda se le adeuda lo atinente a cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones y demás prestaciones sociales causadas en vigencia de la relación laboral, así mismo, señaló que no fue afiliada a seguridad social integral.

CONTESTACIÓN: La demandada **CINDY MARLENY MOYA BERNAL**, quien actuó por intermedio de curador *ad litem*, al ejercer el derecho de contradicción y defensa se estuvo a lo probado en el devenir del litigio.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Excepciones: propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad. (fls. 53 a 56).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 5 de marzo de 2020, **declaró** que entre la demandante y la demandada existió un contrato de trabajo cuyos extremos temporales tuvieron lugar el 18 de febrero de 2012 y el 15 de enero de 2014, y **declaró** probado el medio exceptivo de prescripción. (fl. Cd. 86).

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante ROSAURA PRIETO NAVARRO, interpuso recurso de alzada, en el que solicita la revocatoria de la sentencia impugnada, al considerar que el sentenciador de primer grado dio por probado sin estarlo, los extremos laborales indicados en la demanda, sin miramiento a las pruebas testimoniales recaudadas al interior del proceso, así mismo, dio por probado, sin estarlo, el medio exceptivo de prescripción, bajo la concepción que la notificación del auto admisorio de la demanda se produjo con posterioridad al año siguiente se la admisión de la misma. Asegura, que no se aplicó la norma procesal que regula la especialidad laboral en materia de prescripción, pues se remitió a lo dispuesto en el C.G.P., sin que se aplicara la norma contenida en el C.S.T., o aquella dispuesta en el C.P.T. y de la S.S. así mismo señaló, que no se tuvo en cuenta que existen derechos laborales que tiene un término de prescripción disímil, como lo son las cesantías, intereses a las cesantías, indemnizaciones, y todo lo relativo a la seguridad social.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: La parte demandante persigue la revocatoria de la sentencia de primer grado, al considerar que el a quo, incurrió en una indebida interpretación del artículo 94 del C.G.P., al no dar por demostrado, estándolo, que la interrupción de la prescripción se produjo con la presentación de la demanda y la notificación del demandado del auto admisorio de la demanda; ello por cuanto, no se tuvo en cuenta que la tardanza en la diligencia de notificación no se dio por voluntad de la parte actora, sino por las circunstancias propias del trámite procesal. agregó, que de estimarse que operó el fenómeno extintivo, el mismo no contemplaba los aportes que debieron efectuarse a la seguridad social, pues de haberse acreditado la existencia de la relación laboral, lo propio debió ser la condena frente este aspecto.

Parte demandada: La parte accionada guardo silencio en esta oportunidad.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el libelo demandatorio, las inconformidades presentadas por la accionada en la contestación de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

demanda y los fundamentos dados en el recurso de alzada, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales conforme el artículo 66A del CPL, procede a determinar cómo problema jurídico a resolver si entre las partes existió un vínculo de carácter laboral que se desarrolló en el interregno comprendido entre el 18 de febrero de 2012 al 19 de enero de 2016.

De ser afirmativa la anterior premisa, establecer si el asunto bajo examine se encuentra cubierto por el fenómeno extintivo de la prescripción.

RELACIÓN LABORAL

Con miras a resolver la *litis* planteada, es preciso acotar por parte de esta Sala de Decisión, que en lo referente a la relación laboral y los extremos de la misma, desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo, y en desarrollo al principio sobre la carga de la prueba, en materia procesal, incumbe a la parte demandante, demostrar la prestación del servicio humano, los extremos laborales de dicha prestación, el cargo desempeñado, el salario devengado, la parte y la causal que dio lugar a la terminación el mismo, de conformidad con el artículo 167 del CGP aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del CPL.

Es así, como según el artículo 24 del CST, «*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*», de donde se colige, que basta con que el trabajador demuestre la prestación humana del servicio a favor del empleador, para que se predique la existencia del elemento de subordinación y por ende del contrato de trabajo, quedando la carga de la prueba en el patrono, quien deberá desvirtuar tal presunción, conforme lo indicado por la Corte Suprema de Justicia



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Sala Laboral en sentencia con radicado 44321 del 29 de octubre de 2014.

Así las cosas, con miras a dilucidar el objeto de debate, estima pertinente la Sala proceder a analizar el material probatorio recaudado, dentro del cual aparece el testimonio de Viviana Andrea Aponte Urrego y el interrogatorio de parte absuelto por Rosaura Prieto Navarro. (Cd. Fl. 61).

De esta manera, y en lo que atañe a la testigo Viviana Andrea Aponte Urrego, la misma fue constante en indicar que la demandante prestó sus servicios para la demandada en el cargo de Cocinera, supuesto de facto que le consta por cuanto aquella acudía a las instalaciones del restaurante a ayudar a lavar la loza y oficios varios, aseguró que la demandante nunca fue afiliada a la seguridad social, ni le pagaron prestaciones sociales como prima, vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías.

En cuanto a los extremos del vínculo laboral, la testigo declaró que la demandante ingresó a laboral en la primera quincena de febrero del 2012 y se prolongó hasta la primera quincena de enero de 2014, fecha esta última, en que al regresar de una cirugía no fue reincorporada a las labores.

De otra parte, fue absuelto el interrogatorio de parte de la señora Rosaura Prieto Navarro, del que se desprende, que al cuestionársele respecto de la vinculación que tuvo con la demandada, aquella afirmó que inició labores para la encartada en el cargo de Cocinera y que las labores las ejecutó de domingo a domingo en un horario de 06:00 am a 06:00 pm, así mismo señaló, que en el lapso que perduró la relación laboral no fue afiliada a seguridad social integral.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Adujo que el fenecimiento de la relación laboral se dio con posterioridad a la práctica de una cirugía, pues al retornar del procedimiento médico no fue reintegrada a las labores.

De cara a lo hasta aquí expuesto, oportuno resulta indicar para esta Corporación, que entre las partes efectivamente existió una relación de carácter laboral, pues pese al escaso material probatorio aportado a las diligencias, se logró acreditar los elementos esenciales del contrato de trabajo enunciados en el artículo 23 del C.S.T, así, en primer lugar, diáfana resulta la prestación personal de servicio, pues tanto la demandante como la testigo fueron constantes en indicar el cargo desempeñado y el horario de trabajo, pues al unísono señalaron que Rosaura Prieto Navarro ejecutó las labores de cocinera y que prestó los servicios en el horario comprendido entre 06:00 am a 06:00 pm.

En lo que refiere a la subordinación, la misma se encuentra probada pues al absolver el interrogatorio de parte, la demandante fue contundente al indicar que cumplía un horario y en detallar las funciones para las que fue contratada.

Por último, y en lo que tiene que ver con la remuneración, se tiene que al cuestionársele respecto a la retribución por sus servicios, tanto la demandante como la testigo afirmaron que al inició devengó la suma de \$25.000.00 pesos diarios, que posteriormente y a solicitud de la ex trabajadora, se aumentó el salario a la suma de \$30.000,00, pesos diarios.

Dicho lo precedente, y como quiera que la demandada fue representada por curador *ad litem*, la misma no logró suministrar un sólo elemento de convicción que permitiera desvirtuar lo alegado por la demandante, como tampoco pudo derruir la presunción de existencia de contrato de trabajo derivada de la prestación personal del servicio que se deduce



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

válidamente de aquellos eventos en los que se constata la prestación personal de la fuerza de trabajo del empleado para con su empleador, motivo por el cual, a la Sala no le queda otra alternativa que confirmar lo resuelto por el sentenciador de primera instancia en lo que refiere a la declaratoria del contrato de trabajo.

En lo que atañe a la asignación salarial, basta con remitirse a lo depuesto por la testigo Viviana Urrego, quien afirmó que el último salario devengado ascendió a la suma de \$30.000.00, monto que se acompasa a lo dispuesto por la parte demandante en su escrito introductor.

De otro lado, en lo referente a los extremos del vínculo contractual que ató a las partes, ningún reproche merece para la Sala la decisión a la que arribó el sentenciador de primer grado al disponer que la relación laboral tuvo como extremos temporales el 18 de febrero de 2012 y el 15 de enero de 2014. Así se afirma, por cuanto del testimonio vertido por Viviana Andrea Aponte Urrego, se advierte que el inicio de las labores de la demandante surgió en la primera quincena del mes de febrero de 2012 y aquella feneció en la primera quincena del mes de enero de 2014, sin que más allá de ello, se logre acreditar la prestación del servicio de la actora por medio probatorio alguno, pues ha de recalcarse, que al informativo no se allegó prueba alguna que así lo demostrara.

Por lo expuesto, se confirmará la sentencia impugnada en este aspecto.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Establecido el derecho en cabeza de la demandante, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado en debida



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

forma por el curador *ad litem* que representa los intereses de la demandada, al contestar el *libelo* introductor.

Pues bien, de entrada ha de indicarse que en materia laboral existen normas que rigen en forma especial no sólo la parte sustantiva, sino la parte adjetiva, es así como encontramos que el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo respecto al asunto de la prescripción consagra que: «...Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto...». En este orden de ideas, para efectos de no permitir que el transcurso del tiempo extinga las acciones o derechos a que haya lugar, es menester conforme a lo antedicho, que el *petente* eleve reclamación de los derechos que persigue le sean reconocidos, eso sí, dentro del término mismo de la prescripción, obviamente para que opere la figura de la interrupción.

Así mismo, el artículo 151 del C.P.T y de la S.S., establece que «*Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual*».

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia con radicación interna CSJ SL4222 de 2017, enseñó que:

«... es bueno empezar por recordar que la prescripción extintiva es una institución del ordenamiento jurídico tendiente a dar estabilidad, firmeza, certidumbre y carácter definitivo a los derechos, propósito que no se logra si no se cumplen con estrictez y justeza los marcos normativos que la regulan, pues de otro modo el resultado producido por su indebida aplicación o su erróneo entendimiento no habrá de ser la seguridad jurídica perseguida por el legislador, sino, cosa bien distinta, la justificada insatisfacción social derivada de la pérdida de oportunidades y derechos que un proceder de tal entidad conlleva.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Esta última es una de las más cardinales razones para que la jurisprudencia y la doctrina consideren que la prescripción extintiva no sea un instituto de interpretación amplia o extensiva, sino todo lo contrario, de interpretación estricta o 'restrictiva', predicamento que debe aplicarse con mayor énfasis en el derecho del trabajo, por no estar fundado dicho instituto en este específico campo del derecho en razones últimas de justicia, sino en específicas necesidades de seguridad jurídica».

Del anterior contexto normativo y jurisprudencial se extrae que, en efecto, en materia laboral el fenómeno extintivo de la prescripción se encuentra reglado de forma expresa por los artículos 488 del C.S.T., y 151 del C.P.T. y de la S.S., de los que se extrae que toda acción tendiente a reclamar derechos emergentes del vínculo laboral, por regla general, prescriben a los tres (3) años contados a partir del momento en que la obligación se hace exigible, siempre que, no se haya elevado reclamación ante el empleador en procura del reconocimiento de las prestaciones adeudadas, pues de presentarse dicha situación, a la luz del artículo 489 del C.S.T., esa reclamación tiene la virtualidad de interrumpir el fenómeno extintivo y extiende la aplicación de la prescripción por un periodo igual a los primeros tres (3) años.

Ahora bien, existen eventos en los que el ex trabajador omite reclamar ante su empleador las prerrogativas laborales a que tiene derecho, y es tan sólo con la demanda que pretende poner un alto a las consecuencias jurídicas extintivas previstas en la legislación laboral, evento en el cual, jurisprudencialmente se ha admitido la aplicación del artículo 94 del C.G.P., norma aplicable a los juicios del trabajo por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., ello, para efectos de interrumpir la prescripción.

Sobre el particular, el artículo 94 del Compendio Adjetivo Civil dispone que *«La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante.*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado».

Por su parte, el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL3693 de 2017, abordó el tema de la prescripción y la carga procesal que le corresponde a la parte en torno a notificar el auto admisorio de la demanda dentro del término previsto en el Código Procesal Civil, ello a efectos de interrumpir el fenómeno extintivo; así, la alta Corporación enseñó que:

«... esta sala de la Corte ha precisado que a pesar de que los despachos judiciales son los encargados de adelantar el proceso ordinario laboral de manera eficaz y que, en términos generales, en el interior del mismo todas las actuaciones están sometidas al principio de gratuidad, las partes tienen ciertas cargas procesales que redundan en su propio beneficio, como es el caso de la notificación del auto admisorio de la demanda.

(...)

De suerte que, el beneficio material que para el actor podría constituir la presentación de la demanda, de interrumpir la prescripción, se vio condicionado a que se surtiera respecto del demandado la notificación del auto admisorio dentro de un específico término, de modo que, de no ocurrir ello, dicho beneficio se perdería, prosiguiendo así su decurso normal el término previsto para la prescripción de la acción».

Postura que fuera igualmente acogida en la sentencia con radicación SL 4627 de 2019, oportunidad en la que la alta Corporación enseñó que *«Tal es el caso del trabamamiento de la relación jurídico procesal que se impone como acto procesal necesario a efectos de garantizar el derecho de defensa y de contradicción de quien es convocado forzosamente al proceso y que, en principio, beneficia exclusivamente a quien funge como actor. En ese sentido, ha entendido que el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, el cual dispone que la presentación de la demandada tiene como efecto material, entre otros, la interrupción de la prescripción, es perfectamente aplicable al trámite laboral, de modo que, el beneficio material que para el actor podría constituir la presentación de la demanda, de interrumpir la prescripción, se ve condicionado a que se surta respecto del demandado la notificación del auto admisorio dentro de un específico término, de modo que, de no ocurrir ello, dicho beneficio se perdería, prosiguiendo así su decurso normal el término previsto para la prescripción de la acción»*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Bajo este horizonte y descendiendo al caso objeto estudio, la Sala encuentra, que ningún reproche merece la intelección a la que arribó el sentenciador de primer grado. Así se afirma, por cuanto al observar el trámite impartido al proceso, se advierte la inobservancia de la parte demandante en asumir la carga procedimental que le incumbía, pues si bien es cierto, no fue pasiva en torno a notificar el auto admisorio de la demanda al demandado, no menos cierto es, que la primer gestión desplegada fue defectuosa y se dirigió frente a persona disímil a la demandada, tal como se desprende del auto de 22 de agosto de 2017, visto a folio 35 del informativo, por medio del cual, el que el juez de conocimiento advierte dicha falencia, y es tan sólo hasta el 30 de octubre de 2017, que se procede a subsanar el yerro cometido.

Es de precisar, que la demanda se radicó en la oficina judicial de reparto el 21 de julio de 2016, tal como se advierte del acta vista a folio 19 del expediente, y tan sólo hasta el 10 de mayo de 2018, se acreditó la notificación del curador *ad litem*, hecho que permite establecer que para la fecha de la efectiva notificación del auto admisorio, ya había transcurrido el término previsto en el artículo 94 del C.G.P., para que la demandante se hiciera beneficiaria de la interrupción del fenómeno extintivo de la prescripción.

Ahora bien, la parte recurrente censura la actividad que desplegó el juzgado tendiente a efectivizar el trámite de notificación del auto admisorio, sin embargo, al revisar las documentales que obran a folios 20 a 34 de las diligencias, consistentes en remisión de citatorios y aviso para notificación personal de la demandada, se advierte que mediante memoriales de 20 de octubre de 2016 y 30 de enero de 2017, la parte demandante solicitó el cambio de dirección para notificación del extremo pasivo; que mediante memorial de 15 de junio de 2017, Rosaura Prieto Navarro allegó la notificación prevista en el artículo 292



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

del CG.P., actuación que fuera censurada mediante providencia de 22 de agosto de 2017, al encontrar un defecto respecto a la persona sobre quien recayó la diligencia de notificación.

Vista hasta aquí la actuación desplegada por el juzgado de origen, no encuentra esta Corporación dilación injustificada alguna que permita concluir que el actuar del sentenciador de primer grado influyó en la tardanza en la notificación del extremo pasivo, pues se itera, fue la misma convocante a juicio quien pretermitió los términos procesales al desplegar un trámite defectuoso.

De suerte que, en sub examine, luce acertada la determinación del Juzgador de primer grado, al establecer que la radicación de la demanda no interrumpió el término extintivo de la prescripción; razón por la cual, se confirmara lo resuelto sobre este aspecto.

DE LAS PRESTACIONES SOCIALES Y LA SEGURIDAD SOCIAL

Censura la parte demandante, la aplicación unificada del término extintivo de prescripción, pues a su sentir, el *a quo*, no tuvo en cuenta los diferentes términos en que opera el fenómeno extintivo respecto de acreencias laborales tales como cesantías, vacaciones y aportes a seguridad social, entre otras.

Para resolver, la Sala se ocupará del estudio de cada uno de los emolumentos pretendidos, y si respecto de ellos, operó el fenómeno extintivo de la prescripción.

DE LAS CESANTÍAS

En lo que incumbe al término en que opera el fenómeno extintivo de la prescripción de cara al reconocimiento y pago por concepto de auxilio



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de cesantía, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia con radicación interna 67636 de 21 de noviembre de 2018, enseñó que *«... respecto de las cesantías, es preciso indicar que de acuerdo con la doctrina de esta Corporación, durante la vigencia del contrato no opera tal fenómeno extintivo de esa obligación, toda vez que dicha prestación se hace exigible a la terminación del vínculo laboral»*.

De esta manera, y al descender al caso puesto en conocimiento de la Sala, se tiene que la relación laboral tuvo como extremo final el 15 de enero de 2014, y que el fenómeno jurídico de la prescripción se interrumpió tan sólo el 10 de mayo de 2018, data en la que se hizo efectiva la notificación del curador *ad litem*; en tal virtud, resulta diáfano establecer que el término extintivo trienal ya había transcurrido respecto a este emolumento.

DE LAS VACACIONES

En lo que atañe a este emolumento, el Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, moduló que *«... no se encuentran afectados por el fenómeno jurídico de la prescripción salvo las vacaciones cuya reclamación implica la pérdida del derecho del trabajador a disfrutar o compensar las correspondientes a los años que excedan de cuatro, pues las mismas son exigibles hasta cuando venza el año que tiene el empleador para concederlas»*².

De lo expuesto, se tiene que el fenómeno extintivo de la prescripción tiene un tratamiento diferente cuando se trata de la prestación derivada de las vacaciones, pues para que comience a contabilizarse el término trienal, este deberá computarse tan sólo un año después de su causación, es decir, que en lo referente a la extinción del derecho, este opera al cuarto año de haberse causado.

² Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral; Sentencia 46704 de 26 de octubre de 2016



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En el *sub judice*, es claro entonces que el fenómeno extintivo operó respecto de todos los periodos que se causaron con antelación al 10 de mayo de 2014; en tal virtud, habrá de confirmarse lo resuelto en primera instancia sobre este aspecto.

DE LOS APORTES A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIÓN

Alega la recurrente, que el juez de primera instancia al declarar probado el medio exceptivo de la prescripción no tuvo en cuenta las cotizaciones a seguridad social en pensión, las que, a su decir, no pueden ser afectadas por dicho fenómeno extintivo.

Para resolver basta con decir, que de forma reiterada y pacífica, el Órgano de cierre en materia laboral ha modulado que en tratándose de aportes a la seguridad social en pensión, cuando el derecho se encuentra en construcción, las cotizaciones se tornan imprescriptibles, así lo dispuso el alto tribunal, entre otras, en la sentencia con radicación interna 35554 de 8 de mayo de 2012, al exponer que:

«en este punto, no operó la prescripción alegada en la contestación a la demanda, pues, como bien lo tiene indicado la jurisprudencia de esta Sala, los aportes a la seguridad social en pensión, cuando no se ha causado el derecho, son imprescriptibles. En efecto, en la sentencia de 6 de mayo de 2010 (Rad. 35083), se dijo:

“Según ese criterio, mientras no se cumplan los requisitos para configurar el derecho pensional obviamente no es exigible y, por lo tanto, no puede comenzar a correr el término prescriptivo; y las cotizaciones son un elemento constitutivo del derecho a la pensión, que mientras no se paguen en la densidad exigida en la ley, impiden la causación del derecho, de tal suerte que, en materia de prescripción, le deben ser aplicadas las mismas reglas, pues carece de todo sentido que el derecho en sí mismo considerado no se vea afectado por el fenómeno de la prescripción, pero que ello no ocurra respecto de los elementos que lo conforman, que, en verdad, le son inherentes».

En tal virtud, al haberse declarado la existencia del contrato de trabajo, se hace necesario el estudio del fenómeno prescriptivo de forma particular sobre cada una de las acreencias laborales, y puntualmente,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

respecto de aquellas relativas a los aportes a seguridad social, las que no son susceptibles del medio exceptivo, pues se itera, mientras el derecho se encuentre en formación, los aportes a dicha contingencia, siguen la suerte del derecho principal.

Por manera que, habrá de modificarse la sentencia recurrida sobre este aspecto, en el sentido emitir condena en contra de Cindy Marleny Moya Bernal, a efectos que reconozca a la demandante, previo cálculo actuarial que, para el efecto, expida la Administradora Fondo de Pensiones a la cual se encuentre vinculada la actora, las cotizaciones a pensión para el interregno de 18 de febrero de 2012 al 15 de enero de 2014, sobre una base salarial equivalente a \$900.000.

Dicho pago deberá realizarse a plena satisfacción de la entidad pensional, conforme al cálculo actuarial que esta última genere.

INDEMNIZACIÓN POR NO PAGO OPORTUNO DE PRESTACIONES SOCIALES

El artículo 65 del C.S.T., prevé que «Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique».

En lo que atañe a la prescripción de dicha indemnización, la misma se encuentra sujeta al término previsto en los artículos 488 del C.S.T., y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

151 del C.P.T y de la S.S., el cual se contabiliza a partir del día siguiente a la terminación del vínculo contractual.

En el asunto bajo estudio, al haber operado el fenómeno extintivo de la prescripción respecto de todas y cada una de las prestaciones sociales perseguidas en la demanda, y al no proceder condena alguna por dichos conceptos, es que, en lo atinente a la indemnización aquí estudiada, no hay lugar a emitir condena por tal concepto.

DE LA INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACIÓN OPORTUNA DE LAS CESANTÍAS.

Al igual que la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T., la sanción que trae consigo el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, cuenta con un término extintivo de tres (3) años contados a partir del día siguiente que se debió reconocer el derecho, para el caso bajo estudio, el fenómeno extintivo ya había operado.

PRIMAS DE SERVICIOS

Sin necesidad de hacer mayor elucubración al respecto, es preciso indicar que tal prestación sigue la suerte de aquellas que se encuentra cobijada por el fenómeno extintivo del derecho.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda, sin condena alguna ante la prosperidad parcial del recurso de apelación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia apelada, en el sentido de **DECLARAR** parcialmente probado el medio exceptivo de prescripción formulado por el extremo pasivo, el cual aperó respecto de todas y cada una de las prestaciones sociales que persigue la demandante en el libelo introductor, con excepción de los aportes que se debieron consignar a la seguridad social en pensión, lo anterior de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a **CINDY MARLENY MOYA BERNAL**, a reconocer y pagar a favor de **ROSAURA PRIETO NAVARRO**, previo cálculo actuarial que para el efecto expida la Administradora Fondo de Pensiones a la cual se encuentre vinculada la actora, las cotizaciones a pensión para el interregno de 18 de febrero de 2012 al 15 de enero de 2014, sobre una base salarial equivalente a \$900.000.

Dicho pago deberá realizarse a plena satisfacción de la entidad pensional, conforme al cálculo actuarial que esta última genere.

Para tal efecto., la demandante deberá informar, en un terminó no mayor a treinta (30) días, la Administradora de Fondo de Pensiones a la cual se encuentra afiliada, término después del cual, la demandada deberá dar cumplimiento a lo aquí ordenado.

TERCERO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda, sin condena alguna ante la prosperidad parcial del recurso de apelación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia impugnada.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JOSÉ BERTULIO PENAGOS DÍAZ** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de julio del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Sonia Lorena Riveros Valdés** identificada con cedula de ciudadanía No. 1.105.681.100 del Espinal y tarjeta

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

profesional 255.514 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Claudia Liliana Vela.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **JOSÉ BERTULIO PENAGOS DÍAZ** a través de apoderado judicial, persigue se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado a través de COLFONDOS S.A., en marzo de 1999, ante la existencia de engaño y asalto en su buena fe, conduciendo a un vicio en su consentimiento por error; como consecuencia, se ordene a COLFONDOS S.A. que retorne todos los valores percibidos como cotizaciones, bonos pensional, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses y los rendimientos que se hubieran causado; debiendo COLPENSIONES recibirlo como afiliado desde enero de 1997, sin solución de continuidad, costas y agencias en derecho (folios 4 y 5 – *Exp. Digital*).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 5 a 7 de las diligencias, que en síntesis advierten que nació el 25 de mayo de 1957 y se afilió al otrora Instituto de Seguros Sociales el 1° de enero de 1997 aportando 804 semanas al RPM hasta el 31 de marzo de 1999, momento en el cual, mientras se encontraba laborando en el Departamento Administrativo Distrital de Acción Comunal hoy Instituto Distrital de Participación y Acción Comunal, los asesores de COLFONDOS S.A. gestionaron el traslado al régimen de ahorro individual al informarle que el ISS se liquidaría y perdería todos sus aportes, omitiendo referir que antes de los 57 años podría retornar al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

fondo público, los beneficios y desventajas de la movilidad, que los factores personales como cónyuge e hijos menores influirían en la mesada pensional. Resalta que para octubre de 2018 contaba con 1794 semanas cotizadas al sistema general de pensiones; que el 6 y 15 de marzo de 2019, a través de derecho de petición, solicitó a Colpensiones y Colfondos S.A., respectivamente, el retorno al RPM, mismo que fue atendido desfavorablemente el 6 de marzo y 3 de abril de 2019, en su orden. Concluye manifestando que COLFONDOS S.A. realizó la proyección de la mesada pensional, reseñando que a los 62 años no podría acceder a la prestación o únicamente a la garantía mínima de pensión; diferente en Colpensiones donde accedería a la edad de 62 años con una cuantía de \$1.917.851.

CONTESTACIÓN: La llamada a debate **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al anunciar que no obra prueba del error invocado u otro vicio en el consentimiento, así como no existe nota de protesto por inconformidad, viéndose al contrario que el nexo fue realizado de manera libre y voluntaria. Alude la imposibilidad de otorgarle la calidad de afiliado, por estar en la prohibición del literal e), artículo 13 de la Ley 100 de 1993. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, y las que resulten probadas en el curso del litigio, folio 147 a 176.

A su turno, la llamada a debate **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, elevó rechazo al *petitum* invocado en su contra, refiriendo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

que sí se brindó una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen pensional, entre ellas, las características su funcionamiento, las diferencias con el RPM, ventajas y desventajas, y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en tal sistema. Máxime cuando la afiliación se desplegó de manera libre, espontánea y sin coacción. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, nadie puede ir en contra de sus propios actos, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y, las que se prueben, folios 124 a 143.

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 1º de julio de 2020, resolvió **declarar la ineficacia** de la afiliación o traslado de régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, efectuada por el demandante a Colfondos S.A. el 1º de mayo de 1999; **declarar** como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones; **ordenar** a Colfondos S.A. devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto del afiliado demandante, junto con los rendimientos financieros causados con destino a Colpensiones y los bonos pensionales si los hubiere, a su respectivo emisor y, **condenar** en costas a COLPENSIONES (archivo de audio y video – *expediente digital*).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que no se acreditó la entrega de información suficiente y oportuna al accionante al momento del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

traslado de régimen por la AFP demandada, encontrándose en el haber de ésta demostrarlo por inversión de la carga de la prueba según decisiones de la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandada COLPENSIONES interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo como reparos que el traslado adelantado por el accionante lo fue en ejercicio del derecho a la libre de escogencia del régimen, no siendo viable que después de arribar a la edad de pensión aduzca una falta de asesoría, cuando era su obligación como consumidor financiero informarse de las características del sistema, más cuando el desconocimiento de la Ley no exime de responsabilidades y no es beneficiario del régimen de transición. A lo anterior agrega, que la afiliación surtió efectos jurídicos al punto que adelantó aportes al fondo privado y, que dar paso a la ineficacia sería derribar la sostenibilidad financiera establecida desde el artículo 48 de la Constitución Política, generando una situación caótica para la proyección de pago de las personas que han permanecido en el RPM, según las sentencias C 1024 de 2004 y C 062 de 2010. Reclama la exoneración de las costas procesales afirmando que la negativa inicial tuvo lugar por la restricción legal y, que de continuarse la condena, debe ordenarse el reintegro de la totalidad de cotizaciones incluyendo gastos de administración, cuotas de seguros, entre otros, conforme lo ha referido la Corte Suprema de Justicia.

La parte demandante no elevó recurso de apelación.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Parte demandante: El citado extremo solicitó la confirmación del fallo de primera instancia, aduciendo para el efecto que, no solo la pretensión principal fue objeto de aceptación por Colfondos, sino que *«no ha demostrado de ninguna manera que a mi prohijado al momento del traslado en el régimen pensional se le haya presentado una información CLARA, COMPLETA, COMPREENCIBLE, TRASPARENTE, en los términos establecidos por la Corte Suprema de Justicia que DEBIAN CUMPLIR LAS administradoras de fondos de pensiones al momento del traslados del régimen pensional o de las afiliaciones de potenciales afiliados en cumplimiento del deber de informar y el deber del buen consejo»*, pues para la época de la movilidad ya existía suficiente normatividad al respecto.

Parte demandada: la convocada a juicio, **COLPENSIONES**, refirió la improcedencia del reclamo demandatorio por la prohibición legal descrita en la ley 797 de 2003, al faltarle menos de 10 años para la data de solicitud de retorno. Aunado a la falta de prueba en la existencia de vicios del consentimiento, máxime cuando un error sobre un punto de derecho no tiene la fuerza legal para repercutir en la eficacia jurídica del acto celebrado y, sin que en el presente asunto sea viable la inversión de la carga de la prueba. Entre diversas referencias, concluye manifestando que *«existió ratificación expresa o tácita que sanear el presunto vicio del contrato y, en el presente asunto el DEMANDANTE saneó la nulidad por la ratificación tácita que autoriza el artículo 1754 ibidem, al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizo el traslado de régimen en su momento, ello si se tiene en cuenta que el DEMANDANTE durante todo este tiempo (diligenciamiento del formulario de cambio de régimen hasta la fecha de presentación de la demanda), ha consentido en que se le hagan los descuentos respetivos con destino al ahorro individual»*. Solicita que, de continuarse con la condena, se condicione su cumplimiento a la devolución total de las sumas obrantes en la cuenta individual del accionante.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme la solicitud radicada el 6 de marzo de 2019, militante a folio 48.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y, en estricta consonancia con los reparos invocados por Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a su favor, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por JOSÉ BERTULIO PENAGOS DIAZ al régimen de ahorro individual administrado por COLFONDOS S.A.

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia del documento de identificación (fl.28, 77 – *Exp. Digital*), certificado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

emitido por Colpensiones (fls.29), reporte de semanas cotizadas e historia laboral consolidada (fls.33 a 42, 83 a 93), documento nominado *Oficina de Bonos Pensionales* (fls.45 y 46), reclamación administrativa, solicitudes pensionales y respuesta (fls.48 a 52,54, 56, 58, 61 a 72, 74, 78 a 82), declaraciones extra-juicio (fls.94 a 99), expediente administrativo obrante en la pasiva (fls.144 y 145) e interrogatorio de parte absuelto por el demandante (*Exp. Digital - archivo "AUD ART. 77 Y 80 DEL C.P.L."*).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que señaló *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»*

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes de que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha indicado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, señaló:

«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1º, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

*A juicio de esta Sala **no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;** de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(...)*

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.

*Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que **la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla» (Acentúa la Sala).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar:

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) 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; (iii) 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 (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de 3 de abril, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, momento en el que:

«... la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro».

Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo bajo radicado 68838, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:

«En el orden planteado, serán resueltos los problemas jurídicos.

1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.º los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.

2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3º elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.º, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.º de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7º. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.º 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el parágrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.º de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.
2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.
3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.
5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.
6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el párrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible
Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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

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

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

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

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

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre 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.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

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

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, 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.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que 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 identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, 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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en desfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de similares contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

TEORIA DEL CASO

Al analizarlas pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales con afiliación del 15 de julio de 1997, folio 33, para luego trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLFONDOS S.A., el 29 de marzo de 1999 con efectividad del 1° de mayo de esa anualidad (fl.144 y 145), administradora donde se encuentra actualmente realizando aportes al subsistema de seguridad social en pensiones (folios 83 a 93); supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura que la AFP COLFONDOS S.A. tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario, ni aun deviene del formulario de afiliación militante a folio 144.

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativo y veraz en informar que los datos concedidos por el funcionario de Colfondos se limitaron a resaltar la liquidación del Seguro Social con la pérdida de los aportes y, por esa preocupación, fue que decidió movilizarse.

Dimanando en que las probanzas arrojadas a las diligencias no son suficientes para probar el consentimiento informado y sin que medie otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

de dicho traslado; conducta omisiva que a todas luces demuestra una inducción en error a la activa por la AFP COLFONDOS S.A., lo cual conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de antaño, se asimila al vicio del consentimiento por dolo, error en el objeto y de hecho (Art. 1508 y s.s del C.C.).

Por manera que, la administradora de fondos de pensiones COLFONDOS S.A. incurrió en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales del demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiario del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al ser su obligación suministrar la globalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

Suma señalar, que la omisión en la información veraz, oportuna y suficiente sobre las consecuencias del traslado, implícitamente engendran un vicio de consentimiento denominado dolo, como ya se advirtió, pues se indujo al afiliado en error en el traslado, indistintamente del tiempo que haya transcurrido luego de la movilidad de régimen o que se haya trasladado de AFP, pues, las personas se pueden mantener por largo tiempo engañadas, mientras no se les ponga en conocimiento el daño realmente sufrido, de ahí que se deba declarar la nulidad, la cual apareja indiscutiblemente la ineficacia del traslado como consecuencia lógica.

Por otra parte, para la Sala pertinente resulta traer a colación lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, SL13873-2014 y SL1452 de 3 de abril de 2019, en lo que refiere a las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

consecuencias o efectos de la nulidad o ineficacia del traslado, oportunidad en la que la Sala indicó:

«... la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4689-2018, 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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto».

Ahora, atendiendo el reparo presentado por la apoderada judicial de la administradora del Régimen de Prima Media, ante la ausencia de disposición en la sentencia de primera instancia respecto a la imposibilidad de realizar descuentos de las cotizaciones, como gastos de administración de la cuenta individual de PENAGOS DIAZ, es que sale adelante su disidencia dando lugar a adicionar la sentencia, en la medida que tal consecuencia es la materialización del precepto legal del artículo 1746 del Código Civil, que enseña como efectos de la declaratoria de nulidad el dar «a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo».

Lo anterior, también ha sido objeto de pronunciamiento por la H. Corte Suprema de Justicia, que en sentencia rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, con ponencia del H. M. Dr. Eduardo López Villegas, indicó:

«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.

*La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, **de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad***



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración...

E igualmente lo adujo la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL13873-2014 con radicación No. 42500 del 8 de octubre de 2014 con ponencia del H. Magistrado Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, al señalar:

«En efecto, en la sentencia CSJ SL, 7 feb. 2006, rad. 25069, reiterada en CSJ, SL, 13 mar. 2012, rad. 39772, esta Sala dijo:

*«Del texto transcrito es razonable colegir que, **al determinar cuál de las vinculaciones a una entidad de seguridad social es válida y cuáles no, la norma está precisando la vinculación que produce efectos jurídicos** y, así no lo señale específicamente, de manera indirecta la entidad que debe tener a su cargo el reconocimiento de la prestación respectiva, que **lógicamente debe ser aquella respecto de la cual se haya hecho la vinculación que es legalmente admisible y llamada a producir consecuencias para el afiliado...** (...)*» (Aparte resaltado de la Sala)

Motivo por el cual, se *itera*, se adicionara la determinación en lo relativo a la devolución íntegra de todas las sumas percibidas.

Se aclara que en lo demás, esta sentencia no le causa perjuicio a Colpensiones, pues el afiliado se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, en tanto es la consecuencia directa de la oposición de la pasiva y la condena fulminada. En esta segunda instancia sin costas al resultar favorable la censura concerniente a la transferencia de todos los emolumentos cotizados.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el **NUMERAL TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 1° de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** que traslade la totalidad de dineros, sin efectuar descuentos con ocasión al traslado o por gastos de administración, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

TERCERO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia sin costas dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JOSÉ RUBEN GIL VELA** CONTRA **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de julio del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: El señor **JOSÉ RUBEN GIL VELA** por intermedio de apoderado judicial, persigue la existencia de un nexo contractual laboral a término indefinido que feneció sin justa causa, y en el cual fue beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo; como consecuencia, se condene el reintegro al mismo cargo o uno igual o superior al que desempeñaba, sin solución de continuidad, junto con los salarios, prestaciones sociales legales y convencionales reajustadas e indexadas, desde la terminación del contrato y hasta su restitución. Así mismo pretende la cancelación de las prestaciones sociales convencionales indexadas de todo el vínculo laboral; la indexación de la diferencia resultante entre lo pagado y lo que concernía por prestaciones sociales legales y convencionales; la reliquidación de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales, costas y agencias en derecho. De manera subsidiaria, reclama la condena a título de indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria por el no pago de prestaciones sociales convencionales (fls.4 y 5).

Fundamenta su *petitum* en los supuestos de facto relatados a folios 3 y 4 de las diligencias, que en síntesis advierten el vínculo laboral con la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS desde el 21 de septiembre de 1998 para desempeñar el cargo de Extensionista y devengando la suma mensual de \$2'536.002, por suscripción de un contrato de trabajo a término fijo renovado anualmente hasta el 31 de diciembre de 2018, momento en el cual la pasiva resuelve fenecerlo por vencimiento del plazo fijo pactado. Alude que el dador de laborío suscribió con la organización sindical SINTRAFEC, una convención colectiva de trabajo acordando que se aplicaría a todos los trabajadores, como se detalla en los pactos de los años 1961, 1962, 1964, 1965, 1967, 1974, 1976, 1978,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

1980, 1982, 1984 y Laudo Arbitral de 1986. Que se afilió a organización sindical el 18 de abril de 2016, lo que le permitió el reconocimiento de un auxilio educativo para sus descendientes y una recompensa quinquenal en septiembre de 2018, pero adeudándosele la diferencia resultante entre lo pagado y lo que debió cancelarse por concepto de prestaciones sociales, en la medida que la prima de vacaciones fue consagrada como factor salarial.

CONTESTACIÓN: La pasiva **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS**, contestó el *libelo introductor* oponiéndose a todas las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que la cláusula de extensión convencional fue derogada a partir del 1° de abril de 1988, al convertirse el sindicato a ser minoritario. Agrega la improcedencia en el reintegro, como quiera que la disposición que contenía la estabilidad laboral fue revocada con el instrumento convencional de 1978.
Excepciones: Propuso como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y caducidad de la acción de reintegro, folios 239 a 256.

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 11 de marzo de 2020, resolvió **declarar** que entre las partes se verificó la existencia de diferentes contratos de trabajo a término indefinido, comprendidos entre el 21 de septiembre de 1998 al 31 de diciembre de 2018, para desempeñar el cargo de extensionista en el Comité Departamental de Cafeteros de Cundinamarca; **declarar** que JOSE RUBEN GIL VELA es beneficiario de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre SINTRAFEC y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS; **condenar** a la demandada a reconocer y pagar a Juan Rubén Gil Vela, las siguientes sumas y conceptos: a) \$1'156.759 por reliquidación de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cesantías; b) \$138.811 por reliquidación de intereses a las cesantías, c) \$1'026.153 por reliquidación de prima de servicios legal de diciembre, d) pagar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, teniendo en cuenta para su liquidación el salario real devengado (básico más la doceava parte de la prima de vacaciones convencional), por ser tenida como factor salarial; **declarar parcialmente probada** la excepción de prescripción, respecto de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales causadas con antelación al 31 de diciembre de 2015, y no probadas las demás; **absolver** a la demandada de las demás pretensiones de la demanda y **condenar** en costas a la demandada (CD a folio 328).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que la sola circunstancia de que el Sindicato firmante del acuerdo dejó de ser mayoritario, no disuelve los convenios establecidos ni la cláusula que ordenó su aplicación a todos los trabajadores, sindicalizados o no. Respecto a la solicitud de reintegro por novación del contrato fijo a indefinido, concluye que el párrafo que lo fijó en la Convención Colectiva de 1976 – 1978 fue modificado por el instrumento convencional 1978 a 1980, al variar la estabilidad con la tabla de indemnización para los casos de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, como lo enseñó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 6231 de 2016, de manera que, al continuar como contrato a término fijo se encuentra que la finalización del contrato cumple con los modos legales del artículo 61 del CST, por vencimiento del plazo fijo pactado. Absuelve por prestaciones sociales convencionales al no especificarlas y al corroborar el pago del auxilio educativo desde que lo reclamó. Condena a la reliquidación de prestaciones sociales desde el 31 de diciembre de 2015 y a los aportes a seguridad social en pensiones.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte DEMANDANTE interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo como sustento de su disidencia



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

que la cláusula convencional que impuso la novación contractual se encuentra vigente, pues contrario a lo aludido por el *A quo*, la Corte Suprema de Justicia ha emitido diversos pronunciamientos donde se había accedido al reintegro y, si bien ese punto no fue objeto de casación, debe atenderse en el ámbito de la posición más favorable como en los proveídos rad. 14489 de 2000, rad. 35134 de 2009, SL 37478 de 2010, SL 19487 de 2017 con ponencia del H. M. Martín Emilio Quintero, SL 19422 de 2017, SL 327 de 2018 y SL 5385 de 2018. Agregando que si bien no hubo una alusión y *«no se trajo esos párrafos de las convenciones donde estaba el tema de la novación»*, lo cierto es que lo acaecido fue una modificación en los rangos de la indemnización, sin *«explicar que al modificar los rangos querían modificar también la novación porque en forma expresa debían haberlo manifestado y las cláusulas de continuidad dan lugar a pensar que no hubo modificación»* y, en suma, permiten el reintegro. Igualmente aduce que hay lugar a las prestaciones convencionales, pues pese a no establecerse las acreencias en los hechos de la demanda, de los comprobantes se precisa que desde el ingreso al sindicato en el año 2016, le fue pagada la recompensa quinquenal, prima extralegal, prima de vacaciones y auxilio de vacaciones. Razón por la cual, al ser acreedor de las mismas desde su vinculación a la organización sindical, debe darse aplicabilidad a *«todos los trabajadores de la convención esas mismas prestaciones convencionales»* por extensión.

A su turno, la **parte demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** interpuso recurso de alzada contra la anterior **determinación** manifestando como reparo las condenas impuestas en su contra a título de reliquidación de prestaciones sociales, al considerar que al afiliarse el actor a SINTRAFEC desde el 18 de abril de 2016, las cesantías de esa anualidad, del 2017 y 2018 fueron canceladas y liquidadas con sustento en la prima extralegal de vacaciones acorde con el art. 9º de la Convención Colectiva de 1996, ello es con la doceava parte y, donde determinaron que *«la prima de*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

vacaciones que se venía pagando con anterioridad sería factor salarial a partir de esa convención colectiva en los términos en que fue suscrita y, en términos que no dejan duda que la prima extralegal de vacaciones únicamente es factor salarial para efectos de liquidar el auxilio de cesantías y los intereses, más no para liquidar ningún otro concepto prestacional de los trabajadores». Conduciendo a la prescripción pues a partir de 2016, 2017 y 2018 fueron canceladas, liquidadas y pagadas al fondo de cesantías y, en la medida que, al afiliarse el 18 de abril de 2016 y radicar la demanda el 1° de abril de 2019, opero el fenómeno para 2 años, 11 meses y 13 días, siguiendo vigentes únicamente 17 días. Referente a la prima extralegal de servicio aduce no tener asidero legal la reliquidación, como quiera que para su cálculo no se incluye la prima de vacaciones y, concluyendo que la misma no permite la diferencia en los aportes a seguridad social, en la medida que «la prima de vacaciones se paga anualmente y las cotizaciones a la seguridad social se pagan mensualmente y además se pagan con el salario ordinario».

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: No se presentaron los alegatos en el término conferido para ello.

Parte demandada: La convocada a juicio adujo que la acción de reintegro «carece de sustento legal, habida consideración que el Artículo 3°. De la Convención Colectiva de trabajo de 1978 suscrita entre la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y SINTRAFEC, derogó el Parágrafo de la Cláusula Octava de la Convención Colectiva de Trabajo de 1976» modificando la estabilidad alegada; máxime, cuando «las relaciones laborales que existieron entre la demandada y el demandante se rigieron por la Cláusula Segunda del contrato individual de trabajo a término fijo suscrito por las partes el día 21 de septiembre de 1998 y a partir del día 18 de abril de 2016 cuando de afilió a SINTRAFEC, comienza a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ser beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo». Finaliza pretendiendo la absolución de las condenas impuestas por ausencia de derecho y, requiriendo se analice la prescripción en la medida que al vincularse a SINTRAFEC el 18 de abril de 2016, el tiempo no afectado son 18 días.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación de la demanda y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales y, en especial, aquellas impuestas en el artículo 66A del C.P.L., se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si se cumplen los parámetros normativos y probatorios para concretar la modificación del término contractual y, con ello, la procedencia del reintegro convencional, junto con la reliquidación de las prestaciones sociales objeto de condena en primer grado.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues fue así aceptado por la empresa demandada en la contestación del *introductorio*; lo que adicional se corrobora de los medios de convicción obrantes en el plenario, analizados bajo los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT, en especial, certificado emitido por SINTRAFEC (fls.44), contrato de trabajo a término fijo y otrosí (fls. 45 a 64), certificación laboral y carta de terminación del contrato de trabajo (fls. 65 a 67), documento nominado descripción y perfil de cargos (fls.69 y 70), liquidación final del contrato y comprobantes de pago (fls.71 a 74), misiva nominada designación de Beneficiarios (fls.75), copia de acta de entrega (fls.76 a 80), solicitudes y su respuesta (fls.81 a 95), Convenciones Colectivas de Trabajo (fls.96 a 215, 312) y copia de expediente laboral de la activa (fls.257 a 311); probanzas que no fueron tachadas de falsas por las partes y de las cuales se colige, que JOSÉ RUBEN GIL VELA laboró al servicio de la demandada FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA desde el 21 de septiembre de 1998 bajo la modalidad contractual laboral de término fijo por un (1) año, para ejecutar el cargo de Extensionista² y devengando como contraprestación directa de sus servicios la suma final de \$2'536.002, mismo que feneció el 31 de diciembre de 2018 por vencimiento del plazo pactado (folios 65 a 68); supuestos de facto respecto de los cuales no existe discusión en esta segunda instancia.

Establecido lo anterior, procede la Sala a estudiar el *petitum demandatorio* bajo los reparos elevados en el recurso de alzada³.

BENEFICIOS CONVENCIONALES – MODIFICACIÓN CONTRACTUAL

Liminarmente, juzga conveniente precisar esta Sala de Decisión que la parte demandada no discute en esta instancia la declaratoria impartida por el *A quo*, concerniente a conceder a GIL VELA la condición de beneficiario de las convenciones colectivas de trabajo vigentes para las

² Folios 45 y 46.

³ Artículo 66A del CST.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

datas de su relación contractual, por extensión concretada en el instrumento convencional de 1965.

Consideración respecto de la cual no se emitirá juicios de valor y acierto, máxime cuando se hallan a tono con las determinaciones jurisprudenciales de la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, entre muchas, en la providencia con radicación 38463 de 2012 y SL19487-2017.

De suerte que, descendiendo al reparo principal elevado por el extremo convocante a juicio atinente al reintegro por mutación de la modalidad contractual, se advierte que el sustento de tal reclamo es visible en los fundamentos del *libelo* introductor, al referir que en la Convención Colectiva de trabajo para la vigencia de 1974, se previó tal transformación en la duración del vínculo y, que consumado ello, la alusión deslucida por la pasiva para fenecer el nexo carece de justeza e implica su reintegro.

Regulación que obra en medio magnetofónico contentivo de las convenciones colectivas de trabajo con la correspondiente acta de depósito⁴ que, en cuanto al punto de debate, enseña a la letra:

«ARTICULO CUARENTA. - ESTABILIDAD LABORAL Y CONTRATOS DE TRABAJO

En caso de terminación unilateral de Contratos de trabajo sin justa causa, por parte del patrono, ésta pagará al trabajador la siguiente indemnización según el tiempo de servicio

(...)

Parágrafo 1°. Todo trabajador de contrato a término fijo que cumpliera o hubiere cumplido un (1) año de servicio continuo a las EMPRESAS, será vinculado como trabajador permanente con contrato de tiempo indefinido.

Parágrafo 2°. Este artículo reglamenta íntegramente la materia sobre indemnización por despido sin justa causa y por lo tanto deroga las disposiciones que figuren en Convenciones o Laudos Arbitrales anteriores»

⁴ Folio 312.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Reglamentación que si bien, en un principio y para los periodos que cobijó el reseñado elemento convencional en los términos del artículo 27 *ejusdem*⁵, así como lo dispuesto en la Clausula 8ª de la Convención Colectiva 1976-1978, avalaron la transformación de las modalidades contractuales para aquellos prestadores del servicio con contrato a término fijo que contara con un año de servicio continuo, lo cierto es que tal prescripción normativa no encontró camino de continuidad en los subsiguientes pactos convencionales al ser motivo de modificación.

Nótese como en el documento convencional suscrito entre la pasiva y la organización sindical para las datas de 1º de abril de 1978 a 31 de marzo de 1980 y, en lo tocante a la estabilidad laboral, refirió en el artículo 3º que:

«ESTABILIDAD LABORAL

En caso de terminación unilateral de los contratos de trabajo sin justa causa, por parte del Patrono, éste pagará al trabajador las siguientes indemnizaciones según el tiempo de servicios:

- a) Cincuenta y Seis (56) días de salarios cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicios no mayor de un (1) año;*
- b) Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicios continuo y menos de cinco (5) se le pagará Veintisiete (27) días adicionales de salario sobre los Cincuenta y Seis (56) días básicos del literal a), por cada uno de los años de servicios subsiguientes y proporcionales por fracción.*
- c) Si el trabajador tuviere cinco (5) años o más de servicio y menos de ocho (8) se le pagarán treinta y seis (36) días adicionales de salario sobre los cincuenta y seis (56) días básicos del literal a), por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;*
- d) Si el trabajador tuviere ocho (8) años o más de servicio continuos, se le pagarán cuarenta y dos (42) días adicionales de salario sobre los cincuenta y seis (56) días básicos del literal a), por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;*
- e) Cuando el trabajador hubiere cumplido ocho (8) años continuo de servicios y fuere despedido sin justa causa, podrá solicitar ante el Juez del Trabajo el reintegro y el pago de los salarios dejados de percibir o la indemnización de que trata el literal d) de este Artículo, en la forma prevista por el numeral 5º, del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965.»*

⁵ *«La presente Convención tendrá una vigencia de veinticuatro (24) meses exactos, contados a partir del primero de Abril (1º.) de 1974, expirando el treinta y uno (31 de Marzo de 1976)»*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Disposición que fue el origen para la eliminación en el ámbito laboral, de la novación contractual para los pactos a término fijo de los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros, pues a *posteriori*, no fue incluida en los restantes instrumentos convencionales integrados a las diligencias (CD a folio 312).

Circunstancia que, lejos de verse catalogada en un actuar desconocedor de los derechos a favor de los prestadores de laborio, emana como un suceso constitutivo del derecho constitucional a la negociación colectiva entre el patronal y la organización sindical, al perseguir la ampliación del valor de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo e, incluso, la procedencia del reintegro para un grupo especial de empleados.

A ello se suma, que las nuevas prescripciones no evidencian vulneración por encontrarse a tono con la continuidad de los derechos y prestaciones, aun respecto de las modificadas, para aquellos que en tal estadio temporal contaban en su haber con un derecho adquirido, como fue plasmado en el artículo 30 de la Convención Colectiva de Trabajo 1978 a 1980.

De manera que, ningún error emana de las determinaciones asumidas por la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS al dar continuidad del contrato de trabajo a término fijo, por ser la materialización de aquella reivindicación histórica plasmada en el artículo 55 de la Constitución Política de 1991, que buscaba velar por el acceso de los anhelos de los trabajadores en las relaciones obrero-patronales, incluyendo regulaciones a título prestacional y de obligaciones.

Reclamo constitucional que no cuenta con desconocimiento por las Altas Corporaciones jurisdiccionales, al ser abundantes y prolijas las determinaciones emanadas de esos cuerpos colegiados al pretender



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

definir y dar alcance al postulado negocial en asuntos colectivos del trabajo; así, la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral mediante proveído SL 2838-2019 Rad. 84566 de 24 de julio de 2019, con ponencia del H. Magistrado Fernando Castillo Cadena, enseñó:

*«En igual dirección la Sala tiene dicho que esa claridad la reclama la especial naturaleza que en nuestro sistema legal tiene la que se ha dado en denominar autocomposición como medio ideal de solución del conflicto colectivo de trabajo, la cual corresponde a un proceso civilizado de diálogo que se sustenta con las contribuciones que haga cada una de las partes y que debe partir de la **certeza** que tengan ellas sobre lo que es materia del diferendo laboral y, por lo tanto, de la negociación. **Sólo si existe esa certeza** podrán los involucrados en el diferendo manifestar sus inquietudes y diferentes posiciones sobre el mismo, discutir acerca de sus respectivas aspiraciones, intercambiar opiniones y propuestas y analizar fórmulas de arreglo, cuestiones éstas que son inherentes a todo proceso de negociación (sentencia CSJ SL, del 22 de jul. 2004, rad. 23.959). (...)*» (subraya la Sala)

A su turno, la H. Corte Constitucional en la sentencia C -063 de 2008 referenció tal derecho como:

«La expresión “negociación colectiva” de que tratan el Convenio 154 y el artículo 55 de la Constitución, no se reduce a pliegos de peticiones o convenciones colectivas, sino que abarca todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de fijar las condiciones de trabajo y empleo, o regular las relaciones entre empleadores y trabajadores y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez»

Precisando que tiene cabida en el ámbito de una concertación voluntaria para «la defensa de los intereses comunes entre las partes involucradas en el conflicto económico laboral, la garantía de que los representantes de unos y otros sean oídos y atendidos, así como la consolidación de la justicia social en las relaciones que se den entre los empleadores y los trabajadores»

En tal contexto, resulta palmario que la institución referenciada fue estatuida para proteger los derechos de los trabajadores, bien integrantes



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de una organización sindical ora por extensión, en el marco del anhelo reformatorio y de incremento de los derechos laborales; escenario en el cual, los extremos se encuentran en un status de igualdad y con vocación legítima en que *«sus inquietudes, argumentos y aspiraciones enriquezcan el conflicto colectivo de trabajo, susceptibles, por tanto, de merecer una interlocución de su contraparte, en tanto de ambos cabe predicar la condición de sujetos de una relación contractual»*, como fue indicado por la CSJ en la sentencia SL 2838 de 2019.

Con ese propósito, se *itera*, no se encuentra que mediante la modificación de la estabilidad laboral reforzada concretada en una primera oportunidad por la Convención del año 1974 y 1976, dimane una vulneración a los derechos de GIL VELA cuando aun su nexo no había nacido a la vida jurídica, en la medida que ello tuvo lugar hasta el 21 de septiembre de 1998.

No puede perderse de vista que la presente discusión ya fue objeto de manifestación por la H. Corte Suprema de Justicia, que en su Sala de Casación laboral dentro de la sentencia SL 6231 de 2016, adoctrinó:

*«Pues bien, una vez analizadas de manera individual y en conjunto las cláusulas convencionales transcritas, en sentir de la Corporación el acuerdo colectivo suscrito en el año 1978, **modificó** la cláusula sobre estabilidad estatuida en la convención colectiva de trabajo de 1976, es decir, eliminó la posibilidad de que los contratos de trabajo a término fijo pudiesen mutar a indefinido.*

Repárese en que en la convención colectiva de trabajo de 1978 no solo incrementó la tabla de indemnización para los casos de terminación unilateral de los contratos de trabajo sin justa causa, por parte del empleador, sino que consagró la posibilidad del reintegro para los trabajadores despedidos sin justedad alguna luego de 8 años de servicios.

Por manera que esta última disposición es el resultado del querer de los protagonistas sociales que, en virtud, del principio de autocomposición acudieron a un proceso de negociación colectiva y que estimaron excluir del acuerdo final suscrito en el año 1978, la transformación de los señalados vínculos jurídicos, ya que empleador y organización sindical se encargaron de regular de forma integral la figura de la estabilidad.

Ciertamente, y en vía de corroborar lo discurrido, del contenido mismo de la convención colectiva de trabajo de 1982, se nota aún más la intención de las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

partes de excluir tal mutación contractual, toda vez que allí se pactó un capítulo conformado por 5 artículos, que reglamenta de manera completa y amplía todo lo concerniente a la estabilidad, disposición en donde precisamente brilla por su ausencia la tantas veces mencionada posibilidad de cambio en la modalidad contractual de fijo a indefinido.

Para abundar en este preciso aspecto, véase que el capítulo II, artículo 4° de convención colectiva de trabajo de 1984, dispuso: «ESTABILIDAD LABORAL. En los términos del Artículo 3° de la convención colectiva de julio de 1982, se incrementarán en dos días cada uno de los rangos allí contemplados para el caso de terminación unilateral de los contratos de trabajo sin justa causa», lo que permite inferir con mayor agudeza que tampoco incluyó el párrafo en mención y que la intención de las partes desde la firma de la convención colectiva de trabajo suscrita en el año 1978, fue excluirlo de cualquier pacto posterior.

*Ahora, si se tiene en cuenta que la figura bajo estudio estaba consagrada en el párrafo de la norma convencional de 1976 y si entendemos por párrafo un «Fragmento de un escrito que tiene una unidad temática», quiere decir que la posterior convención colectiva-1978- al no consagrarla **modificó tal precepto, en el sentido de suprimir de la convención la posibilidad de variarse la naturaleza jurídica del contrato y, en ese horizonte, la normativa convencional no podía ser escindida, como lo pretende la recurrente.** En otras palabras, **dicho párrafo no consagra una materia diferente a la de la estabilidad laboral, por lo que no se puede entender como un precepto autónomo o un beneficio independiente de la propia regulación de la estabilidad, cuando por su naturaleza es dependiente o inherente a ella, es decir, guarda una relación directa de conexidad con la figura de la estabilidad.***

(...)

En conclusión, examinadas las acusaciones enrostradas en los dos cargos, desde diversas perspectivas, no se equivocó el juzgador de segundo grado, dado que el contrato que ató a las partes en contienda fue a término fijo y, por ende, no era procedente el reintegro en los términos solicitados en la demanda inicial»

Así, de una lectura cuidadosa, diáfano resulta concluir que a la data de terminación del nexo contractual que ató a las partes, la modalidad concernía a término fijo y, de contera, avala la forma de terminación del contrato de trabajo por encontrar sustento en el literal c) del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, a saber, la expiración del plazo fijo pactado.

Resultando forzosa la confirmación del fallo de primer grado, en lo que a este tópico respecta. Máxime, cuando las sentencias anunciadas por el extremo actor en la alzada, en manera alguna relataron la cláusula de novación contractual, ahora analizada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PRESTACIONES SOCIALES CONVENCIONALES Y LEGALES - RELIQUIDACIÓN

Atendiendo que los restantes reclamos de la activa y pasiva se encuentran encaminadas al acceso o no de las prestaciones sociales legales y convencionales, bien a su derecho ora a su reliquidación, se analizarán de manera conjunta estos pedimentos por encontrarse puntos de encuentro.

Bajo ese escenario, se halla que la activa pretende en la alzada se concedan las prestaciones sociales relacionadas en las probanzas integradas a las diligencias, como contraposición a la consideración absolutoria del *A quo*, quien aludió la inexistencia de manifestación en el escrito de demanda.

Es en ese estado de la cuestión, que esta Sala de Decisión encuentra que la solicitud de la activa propone una tensión entre las pautas previstas por las normas procesales para lograr el acceso de los derechos y la necesidad de interpretar la demanda por el funcionario de conocimiento. Sin embargo, los argumentos referenciados necesariamente habrán de resolverse indicando que, para el asunto en cuestión y en el marco de lo expuesto en el escrito inicial, la problemática planteada no da paso a un acto positivo a favor del demandante.

Al punto, necesario resulta referir que aun cuando la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral ha sido prolija en sus consideraciones referentes al deber, constitucional y legal, encomendado al funcionario judicial para que geste un análisis de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

demanda, de manera tal que permita la materialización del derecho perseguido, adoctrinando en sentencia SL 1910 – 2019 con ponencia de la H. Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo:

«Esto significa que los jueces tienen el deber de interpretar la demanda sin que los fundamentos jurídicos expresados por el actor los restrinja en su labor, porque lo que delimita la causa petendi no son las razones de derecho invocadas en la demanda, las cuales, incluso, pueden no coincidir con lo que el funcionario judicial considere que es el derecho aplicable al caso, sino la cuestión de hecho sometida a escrutinio de la jurisdicción.

(...)

También resulta relevante lo expuesto en la providencia CSJ SL14022-2015, en la cual se subrayó que si los hechos fueron discutidos y probados en juicio, el juez no solo está habilitado sino que es su deber emitir una condena al respecto, sin que ello signifique una afrenta al principio en cita [congruencia] (...)»

Lo cierto es que en el *sub examine*, lo que propone la activa no contiene precisamente en ese debate del “derecho buscado” o los supuestos fácticos a probar, por ser diáfananamente inexistente del cuerpo integro de la demanda la manifestación de las prestaciones con necesidad a acceder, limitándose a reclamar los beneficios convencionales desde el inicio del contrato laboral, dejando huérfano el asunto del conocimiento claro de aquellas que, en el amplio espectro de acreencias fijadas en las más de doce convenciones colectivas integradas al diligenciamiento, resultaban ser las perseguidas.

Por manera que, no solo se encuentra el escrito petitorio carente de la exactitud reclamada por los numerales 6° y 7° del artículo 25 del Estatuto Adjetivo Laboral, sino que aquella manifestación de acceder a las prestaciones relatadas en las constancias de nomina del extrabajador GIL VELA, desdice de las facultades encomendadas al Juez Colegiado de segundo grado conforme al artículo 50 de la norma *ejusdem*, y de la extralimitación en el análisis probatorio en parangon con la demanda que, se *itera*, en este aspecto requería de la jurisdicción las prestaciones sociales no pagadas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Conduciendo a la confirmación del fallo en cuanto a este tópico.

Referente al recurso de apelación impetrado por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, se encuentra que la misma busca revocar las condenas por reliquidación de prestaciones sociales otorgadas en su momento a JOSE RUBEN GIL VELA desde su afiliación al Sindicato y, en especial, aquella condena por reliquidación de la prima de servicios legal de diciembre y aportes a pensión, precisando que la prima de vacaciones fue considerada como factor salarial para el auxilio a las cesantías y los intereses a los mismos, pero no para la nominada de servicios.

De suerte que, trasladándose esta Sala a las previsiones de la Convención Colectiva de Trabajo 1998, vigente para las datas de afiliación del actor a SINTRAFEC según confesión emanada por la pasiva al contestar el hecho 13 de la demanda. Se evidencia que la citada regulación, que en su artículo 11 traslada a las previsiones del instrumento convencional 1996-1998, prescribió en el artículo 9°:

«Artículo 9°. Prima de vacaciones. A raíz de los cambios en la jurisprudencia laboral, respecto de los efectos salariales de la prima de vacaciones, las empresas reconocen a los trabajadores, beneficiados por la presente Convención Colectiva, **que la prima de vacaciones constituye factor salarial.**

Los montos dejados de liquidar y que afecten la cesantía y sus intereses correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995 se cuantificarán y se pagarán (...)»

Así, de una lectura de la previsión convencional fluye innegable que la alusión de la pasiva, al relatar que la prima de vacaciones fue incluida como aspecto liquidatorio únicamente para cesantías e intereses a las mismas, desdice de la literalidad de la norma que fue diáfana en precisar el carácter salarial de la prima de vacaciones y que, como tal, debe ser adicionada al momento de establecer los valores reales de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

todas las prestaciones sociales que involucren el salario como rango de acceso, entre ellas, la prima de servicios legal al tenor del artículo 306 del CST y los aportes a seguridad social en pensiones, como en efecto lo zanjó el juzgador de primer grado.

Siendo entonces, aquel párrafo segundo, un saneamiento a las actuaciones anteriores del patronal de cara a consumir el debido pago del auxilio a las cesantías e intereses a las cesantías respecto de «*Los montos dejados de liquidar y que afecten la cesantía y sus intereses correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995*» las que «*se cuantificaran y se pagaran (...)*», pero en manera alguna a un límite frente a aquellas.

Conduciendo a mantener incólume la condena a título de reliquidación de la prima de servicios legales y aportes a seguridad social en pensiones.

PRESCRIPCIÓN

La parte convocada a juicio eleva reparo respecto de la excepción de prescripción, enmarcándolo en la necesidad de declararla probada por vencimiento del plazo legal impuesto para su solicitud.

Pues bien, de entrada ha de indicarse que en materia laboral existe normas que rigen en forma especial no sólo la parte sustantiva, sino en la parte adjetiva, es así como encontramos que el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo respecto al asunto de la prescripción consagra que «Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto» (Subraya y resalta la Sala).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En este orden de ideas, para efectos de no permitir que el transcurso del tiempo extinga las acciones o derechos a que haya lugar, es menester conforme a lo antedicho, que el trabajador eleve reclamación de los derechos que pretende le sean reconocidos, eso sí dentro del término mismo de la prescripción, obviamente para que opere la figura de la interrupción del mismo.

Bajo este horizonte y descendiendo al caso bajo estudio, del material probatorio y legalmente recaudado, se evidencia que al fenecer el vínculo el 18 de diciembre de 2018 la parte activa contaba con tres años para elevar la correspondiente reclamación, misma que no fue ejecutada sino hasta la interposición de la demanda el 29 de marzo de 2019, folio 216; misma que fue notificada dentro del año siguiente de la emisión del auto admisorio, como lo ordena el artículo 94 del CGP.

Dimanando de lo precedente en la confirmación de la sentencia objeto de apelación, al contabilizar la prescripción de la reliquidación de las prestaciones sociales con anterioridad al 31 de diciembre de 2015, no saliendo avante la petición de la pasiva.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, en la medida que presentó una oposición injustificada, como se probó. En esta segunda instancia sin costas dado el resultado de alzada.

En mérito a lo expuesto **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de esta ciudad en audiencia pública celebrada el 11 de marzo de 2020, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **JOSÉ RUBEN GIL VELA** contra la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS**, al tenor de lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia sin costas, dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARIA LUISA GÓMEZ MOSCOSO** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de julio del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriada el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: La señora **MARIA LUISA GÓMEZ MOSCOSO** a través de apoderado judicial, persigue se declare la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado a través de SANTANDER S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., el 1° de octubre de 1998, ante el incumplimiento en el deber de información; como consecuencia, se ordene la realización de las gestiones administrativas para anular la anterior movilidad, entre ellas, que PROTECCIÓN S.A. traslade la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, debiendo COLPENSIONES aceptarlos para corregir y actualizar la historia laboral, así como registrar a la activa como afiliada sin solución de continuidad desde el 21 de febrero de 1985, costas y agencias en derecho (folios 3 y 4).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 y 5 de las diligencias, que en síntesis advierten que nació el 23 de mayo de 1964 y se afilió al otrora Instituto de Seguros Sociales el 21 de febrero de 1985 aportando 216 semanas hasta el 1° de octubre de 1998, momento en el cual se traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP SANTANDER S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., mientras se encontraba laborando para el patronal HUMANOS ASESORIA EN SERVICIOS OCASIONALES; pero, sin que tal acto estuviera precedido de suficiente ilustración. Agrega que logró cotizar a 30 de abril de 2019 una densidad de 1.038 semanas en ese régimen, para un total en el sistema de 1.254 semanas. Señala que siendo obligación del fondo privado informar sobre el periodo de gracia de que trata la Ley 797 de 2003 y la imposibilidad de trasladarse después del 23 de mayo de 2011 por faltarle menos de 10 años para la edad pensional, ello no ocurrió pese a contar con las direcciones de residencia, trabajo y correo electrónico de la activa, demostrando así un actuar de mala fe. Manifiesta que la AFP demandada le indicó que la mesada pensional



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

para el año 2021, como momento de arribo a los 57 años de edad, ascendería a \$828.116 cuando en Colpensiones concerniría a \$1'235.630. Concluye aduciendo que elevó reclamación administrativa a Colpensiones y Protección S.A. el 1º y 4 de marzo de 2019, respectivamente.

CONTESTACIÓN: La llamada a debate **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al anunciar que la afiliación al RAIS es válida por contar como soporte las cotizaciones desplegadas de manera libre, espontánea y voluntaria. Aunado a no obrar prueba que acredite lo contrario o un vicio en el consentimiento. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorio e indexación, compensación y las que resulten probadas en el curso del litigio, folio 80 a 88.

A su turno, la llamada a debate **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, elevó rechazo al escrito de demanda y respecto a los reclamos en su contra, refiriendo que se está frente a un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza, al ejecutarse en forma libre y voluntaria por GOMEZ MOSCOSO. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y, las que se prueben, folios 101 a 113.

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 17 de junio de 2020, resolvió **declarar la ineficacia** de la afiliación o traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A.; **condenar** a la AFP PROTECCIÓN S.A. a devolver o trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional; **declarar** que la demandante para efectos pensionales, se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por Colpensiones; **declarar no probadas** las excepciones propuestas y, **condenar** en costas a PROTECCIÓN S.A. (CD a folio 160).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que no se acreditó la entrega de información veraz, suficiente, precisa y oportuna a la accionante al momento del traslado de régimen por la AFP demandada, encontrándose en el haber de ésta demostrarlo por inversión de la carga de la prueba.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandada COLPENSIONES interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo como reparos que no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

existen elementos que acrediten vicio en el consentimiento o dolo en el actuar de la AFP, ni aun información falaz, ante la ausencia de expectativa legítima o la calidad de beneficiaria del régimen de transición por la activa, pues al momento del traslado contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para la prestación, debiendo someterse a los mandatos del sistema de ahorro individual. Señala que lo propio es acogerse las manifestaciones del Tribunal Superior de Pereira del año 2017, donde indicó que la simple inconformidad por el valor de la mesada no es prueba de un engaño, tal como acontece en el asunto por confesión de la activa en el interrogatorio. Resalta que para la data de traslado no existía la obligación de brindar información sobre las condiciones de la movilidad, acreditándose entonces, el desinterés de la demandante al continuar cotizando de manera libre y voluntaria.

A su turno, la **llamada a debate PROTECCIÓN S.A. elevó apelación contra la anterior determinación**, únicamente en lo que respecta a la devolución de los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, aduciendo para el efecto que tales descuentos ya causados se ejecutaron con ocasión a una disposición legal, válida y vigente, y por la gestión de esa administradora. Reclama que de continuarse con tal orden, no debe trasladarse los rendimientos financieros pues los mismos fueron producto de la buena gestión y administración del fondo privado. Aunado a que, siendo consecuencia de la nulidad el volver las cosas al estado anterior, es que únicamente hay lugar al reintegro de los aportes acreditados en la cuenta individual de GÓMEZ MOSCOSO.

La parte demandante no elevó recurso de apelación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: Este extremo solicita la confirmación del fallo de primera instancia, aduciendo en síntesis que *«la codemandada **PROTECCIÓN S.A.** no logró acreditar dentro del plenario que el traslado de régimen efectuado el **1 de Octubre de 1998** por la demandante **MARIA LUISA GOMEZ MOSCOSO**, estuviere precedido de la suficiente ilustración e información por parte de este, razón por la cual se vulneró el deber de información contemplado en el Artículo 97 del Decreto 663 de 1993, y los Artículos 13 Literal B y 271 de la Ley 100 de 1993»,* resultando acertada la aplicación de las determinaciones de la H. Corte Suprema de Justicia que relatan la inversión de la carga de la prueba.

Parte demandada: La sociedad **PROTECCIÓN S.A.** adujo la improcedencia en la devolución de la comisión de administración, por ser descuentos autorizados por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y que emanan de la buena gestión por ese ente. Por lo que, agrega que de continuarse con tal determinación, se constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones e iría en contra con las consecuencias de la ineficacia, entre ellas, la inexistencia de los rendimientos en la cuenta individual más cuando se esta en presencia de terceros de buena fe.

A su turno, la convocada **COLPENSIONES** adujo la improsperidad en el reclamo demandatorio con la consecuente revocatoria del fallo, por considerar que no existen elementos que evidencien vicios en el consentimiento o dolo por la falta de expectativa legítima, *«como quiera que a la hora del traslado la demandante contaba con menos de 750 semanas, pues había cotizado un total de 215,71 semanas al ISS y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión de vejez»,* aunado a no ser beneficiaria del régimen de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

transición. Agrega que la simple inconformidad con el valor de la pensión a recibir no constituye prueba de engaño o equivocada información, la cual además no se probó *«máximo si se tiene en cuenta que para el año del traslado del actor, esto es en el año de 1998, los fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado, por lo tanto no hay lugar a la ineficacia solicitada, por ende, la asesoría y afiliación se efectuó en vigencia del Decreto 663 de 1993, (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), el cual, estableció en el numeral 1. ° del artículo 97, la obligación de las entidades de» suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, siendo imposible invertir la carga de la prueba.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme la solicitud radicada el 1° de marzo de 2019, militante a folios 45 a 55.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Juzgador de primera instancia y, en estricta consonancia con los reparos invocados por Colpensiones, Protección S.A. y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la primera, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por MARÍA LUISA GÓMEZ MOSCOSO al régimen de ahorro individual administrado en su entonces por SANTANDER S.A. hoy PROTECCIÓN S.A.

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia del documento de identificación de la activa (fls.30), reporte de semanas cotizadas e historia laboral consolidada (fls. 31 a 33, 35 a 44), certificado emitido por Colpensiones (fls.34), reclamación administrativa, solicitudes y su respuesta (fls.45 a 70), expediente administrativo obrante en Protección S.A. (fls.118 a 130) e interrogatorio de parte rendido por la activa (CD a folio 167).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que señaló «*Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes de que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».*

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha indicado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, señaló:

«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1º, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

A juicio de esta Sala **no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;** de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(...)

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.

Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que **la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.**

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla» (Acentúa la Sala).

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar:

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) 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; (iii) 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 (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de 3 de abril, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, momento en el que:

«... la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro».

Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo bajo radicado 68838, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:

«En el orden planteado, serán resueltos los problemas jurídicos.

1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, 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», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.º los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. *Debida Diligencia.* Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.

2. *Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.* Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

3. *Manejo adecuado de los conflictos de interés.* Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3º elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.º, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.º de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7º. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugué un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.º 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el párrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.º de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

- 1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.*
- 2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.*
- 3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*
- 4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*
- 5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*
- 6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia*

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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

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

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

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

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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.

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

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que 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 identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, 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 en 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

TEORIA DEL CASO

Al analizarlas pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales con afiliación del 21 de febrero de 1985, folio 31, para luego trasladarse al régimen de ahorro individual administrado, en su entonces, por la AFP COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. por fusión, el 1 de octubre de 1998 con efectividad del 1º de diciembre de esa anualidad (fl. 34,38, 120), administradora donde se encuentra actualmente realizando aportes al subsistema de seguridad social en pensiones (folios 121 a 130); supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura que la AFP COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario, ante la carencia aun del formulario de afiliación para la data de 1998, siendo constatado el movimiento de régimen de la historia laboral consolidada y el reporte SIAFP militante a folio 120 de las diligencias.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativa y veraz en informar que para el momento del traslado no le fue concedido ningún dato referente al nuevo régimen, pues, pese a existir un asesor en las instalaciones de la entidad donde empezaba a laborar, únicamente le entregaron los formularios sin adelantar alguna acotación. Lo cual solo acaeció en el año 2000, luego de que otra asesora se acercara y le indicara la necesidad de suscribir de nuevo el formato, momento en el que le señaló la posible extinción del Seguro Social con la consecuente pérdida de la pensión y aportes, sin que detallara «pros y contras» o perjuicios en la decisión de movilidad

Dimanando en que las probanzas arrimadas a las diligencias no son suficientes para probar el consentimiento informado y sin que medie otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado; conducta omisiva que a todas luces demuestra una inducción en error a la activa por la AFP PROTECCIÓN S.A., lo cual conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de antaño, se asimila al vicio del consentimiento por dolo, error en el objeto y de hecho (Art. 1508 y s.s del C.C.).

Por manera que, la administradora de fondos de pensiones PROTECCIÓN S.A. incurrió en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales de la demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiaria del régimen transicional



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al ser su obligación suministrar la globalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

Suma señalar, que la omisión en la información veraz, oportuna y suficiente sobre las consecuencias del traslado, implícitamente engendran un vicio de consentimiento denominado dolo, como ya se advirtió, pues se indujo al afiliado en error en el traslado, indistintamente del tiempo que haya transcurrido luego de la movilidad de régimen o que se haya trasladado de AFP, pues, las personas se pueden mantener por largo tiempo engañadas, mientras no se les ponga en conocimiento el daño realmente sufrido, de ahí que se deba declarar la nulidad, la cual apareja indiscutiblemente la ineficacia del traslado como consecuencia lógica.

Por otra parte, para la Sala pertinente resulta traer a colación lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, SL13873-2014 y SL1452 de 3 de abril de 2019, en lo que refiere a las consecuencias o efectos de la nulidad o ineficacia del traslado, oportunidad en la que la Sala indicó:

«... la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4689-2018, 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 en 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto».

Ahora, en lo que comporta al reparo elevado por la profesional del derecho de la AFP PROTECCIÓN, en lo tocante a la imposibilidad de trasladar los gastos de administración de la cuenta individual de GÓMEZ MOSCOSO, esta Sala de Decisión indica de entrada la orfandad de prosperidad en su disidencia, en la medida que tal consecuencia es la materialización del precepto legal del artículo 1746 del Código Civil, que enseña como efectos de la declaratoria de nulidad el dar «a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo».

Lo anterior, también ha sido objeto de pronunciamiento por la H. Corte Suprema de Justicia, que en sentencia rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, con ponencia del H. M. Dr. Eduardo López Villegas, indicó:

«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.

*La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, **de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración...**»*

E igualmente lo adujo la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL13873-2014 con radicación No. 42500 del 8 de octubre de 2014 con ponencia del H. Magistrado Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, al señalar:

«En efecto, en la sentencia CSJ SL, 7 feb. 2006, rad. 25069, reiterada en CSJ, SL, 13 mar. 2012, rad. 39772, esta Sala dijo:

*«Del texto transcrito es razonable colegir que, **al determinar cuál de las vinculaciones a una entidad de seguridad social es válida** y cuáles no, la norma está precisando **la vinculación que produce efectos jurídicos** y, así no lo señale específicamente, de manera indirecta la entidad que debe tener a su cargo el reconocimiento de la prestación respectiva, que **lógicamente debe ser aquella respecto de la cual se haya hecho la vinculación que es legalmente admisible y llamada a producir consecuencias para el afiliado...**»*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

(...)» (Aparte resaltado de la Sala)

Motivo por el cual, se *itera*, no se modificará la determinación en lo relativo a la devolución íntegra de todas las sumas percibidas, sin exclusión de ningún tipo, menos aun de los rendimientos al ser parte íntegra de la cuenta individual de la activa.

Se aclara que en lo demás, esta sentencia no le causa perjuicio a Colpensiones, pues el afiliado se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas están a cargo de Protección S.A. y Colpensiones por el resultado de la alzada y la ausencia de prosperidad en los reparos; se tasan como agencias en derecho la suma de \$600.000 para cada uno, liquídense en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 17 de junio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral seguido por **MARIA LUISA GÓMEZ MOSCOSO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.**, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO: Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas están a cargo de Protección S.A. y Colpensiones por el resultado de la alzada y la ausencia de prosperidad en los reparos; se tasan como agencias en derecho la suma de \$600.000 para cada uno, liquidense en primera instancia.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

Aclara Voto

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **EDELMIRA RAMÍREZ DE GARZÓN** CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de julio del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **María Elena Fierro García** identificada con cedula de ciudadanía No. 1.024.463.217 de Bogotá y tarjeta profesional

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriada el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

291.785 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Johanna Andrea Sandoval.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

SENTENCIA

DEMANDA: La señora **EDELMIRA RAMÍREZ DE GARZÓN** a través de apoderado judicial, persigue se reconozca y pague el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, a partir del 18 de junio de 1997 y por catorce mensualidades, junto con costas del asunto (folios 24 y 30).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 23 y 24 de las diligencias, que en síntesis advierten que le fue reconocida pensión de vejez mediante la Resolución No. 019207 de 1º de noviembre de 1997, notificada el 6 de similar mes y año, junto con un retroactivo por el lapso del 18 de junio a octubre de 1997. Manifiesta que el 25 de septiembre de 2017 elevó derecho de petición solicitando el otorgamiento del incremento pensional por su compañero permanente LUIS FRANCISCO GARZON GARCIA, quien depende en un todo de la activa y no disfruta de pensión; mismo que fue zanjado desfavorablemente en comunicación SUB 210637 de 28 de septiembre de 2017. Agrega que contra el anterior acto presentó revocatoria directa el 10 de septiembre de 2018, la cual fue rechazada por la pasiva en oficio del 28 de septiembre de ese año al anunciar que la prestación perseguida no estaba incluida dentro del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONTESTACIÓN: La convocada a debate **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, adujo su rechazo al *petitum demandatorio* por considerar que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos solicitados desaparecieron de la vida jurídica por falta de regulación. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción y caducidad, no configuración del derecho al pago de indexación, cobro de lo no debido, buena fe y las que resulten probadas en el curso del litigio, folios 28 a 33.

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 12 de marzo de 2020, resolvió **condenar** a Colpensiones a pagar a la demandante el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, sobre la pensión del salario mínimo para cada periodo retroactivo, que a febrero de 2020 asciende a \$7'819.668, así como a su continuidad hasta cuando subsistan las causas que le dieron origen; **condenar** a pagar la suma debidamente indexada; **declarar probada parcialmente** la excepción de prescripción, respecto a los incrementos pensionales causados con anterioridad al 25 de septiembre de 2014 y, **condenar** en costas a Colpensiones (medio magnetofónico a folio 40).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que en aplicación del principio de *in dubio pro operario*, se acoge el criterio esbozado por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral al resultar más favorable para los intereses de la reclamante y, en la medida, que no han sido modificados por esta Alta Corporación. Aduce que del certificado emitido por la EPS y los testimonios rendidos, se acreditan los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990 para ser beneficiaria del incremento pensional por cónyuge a cargo, al cual se accede



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

declarando prescritos los montos anteriores al 25 de septiembre de 2014, tomando para ello la data de reclamación administrativa.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada elevó recurso de apelación contra la anterior determinación manifestando en síntesis como motivos de disidencia, que la entidad administradora nunca ha pretendido vulnerar los derechos prestacionales de la activa, al punto que desde el año 1997 le reconoció la pensión de vejez. Refiere que los incrementos reclamados no se encuentra dentro del ordenamiento jurídico por no estar previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 como parámetro de transición, siendo incluidos exclusivamente la edad, el tiempo y el monto de cotización sin acotar nada respecto de los incrementos pensionales. Razón por la cual, reclama se acojan las consideraciones emanadas de la H. Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019, como criterio emanado de quien guarda la supremacía de la Carta Magna. Finalmente solicita no se condene en costas.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: Este extremo procesal solicita la confirmación del fallo de instancia, aduciendo que los argumentos esbozados por el *A quo* se encuentran ajustados a derecho al «dar aplicación a la Ley y al precedente Jurisprudencial, acogiendo el criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia, aplicando el Principio Preoperario que al existir dos interpretaciones sobre las misma norma el juzgador podrá acoger la interpretación más favorable en este caso para el pensionado». En la medida que los incrementos pensionales por persona a cargo se encuentran vigentes, aun después de la entrada en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

vigencia de la Ley 100 de 1993 y para quienes adquirieron el derecho por transición.

Parte demandada: la convocada a juicio refirió que al causarse la prestación pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, *«no es procedente acceder al reconocimiento de los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, como quiera que (i) el artículo 22 de dicha normatividad señaló de manera expresa que “ Los incrementos de que trata el artículo anterior no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales...”, (ii) la Ley 100 de 1993, nada dispuso respecto a la concesión de tales incrementos y (iii) El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que contempla el régimen de transición, únicamente mantuvo las condiciones de edad, tiempo y monto contenidas en la legislación anterior y no se refirió a prestaciones distintas como los incrementos pensionales que en este caso se pretenden».*

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme la solicitud radicada el 25 de septiembre de 2017, militante a folios 4 a 9.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Juzgador de primera instancia, el recurso de alzada interpuesto por COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la citada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si se cumplen o no los presupuestos para conceder el incremento pensional del 14% por compañero permanente a cargo.

INCREMENTO PENSIONAL DEL 14% POR COMPAÑERO PERMANENTE A CARGO

Previo a resolver, es del caso recordar que el riesgo de vejez de los trabajadores en Colombia comenzó mediante la Ley 6 de 1945, el Decreto No. 2147 de 1946, la Ley 90 de esa anualidad, el Decreto No. 2663 y No. 3743 de 1950, adoptado mediante la Ley 141 de 1961, en forma provisional y transitoria por los empleadores mientras el Instituto de los Seguros Sociales lo asumía (art. 259 y 260 del CST).

Dentro de esta evolución, y mediante el Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 de esa anualidad, se reglamentó el régimen de vejez de manera precaria y solamente para el personal vinculado a la entidad administradora de pensiones, estableciendo el legislador un incentivo sobre el monto de la pensión, bajo el concepto de lo que se entiende por familia en su mínima expresión, ello es, cónyuge o compañera permanente e hijos menores de 16 años o de 18 años que se encuentren estudiando, sin que pueda exceder este incentivo del 42% sobre el monto de la pensión de vejez, incremento en la mesada del pensionado que, en igual sentido, fue estatuido por el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, ello es, todo antes de la Ley 100.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Sancionada la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios, el citado incentivo familiar por personas a cargo, no se reguló en ninguno de los sistemas, y solo en desarrollo jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y por el art. 36 de la Ley 100 de 1993, se mantuvo para los pensionados bajo los acuerdos 029 de 1985 y 049 de 1990, como en forma de más reiterada lo ha señalado la Corporación de cierre de la Jurisdicción Laboral, entre otras, en la sentencia con radicación No. 29751 del 5 de diciembre de 2007, Magistrado Ponente Dr. LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ, con fundamento a los principios de la buena fe y expectativas legítimas.

Bajo ese entendido, del análisis de las pruebas obrantes en el proceso se corrobora que a la señora **EDELMIRA RAMIREZ DE GARZÓN** le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución No. 019207 del 6 de noviembre de 1997, a partir del 1° de noviembre de 1997 y en cuantía inicial de \$172.005, conforme al Acuerdo 049 de 1990 (fl.3); en igual sentido se logró acreditar que se encuentra conviviendo en unión marital de hecho con **LUIS FRANCISCO GARZÓN GARCIA** desde hace aproximadamente 30 años, como dan cuenta las declaraciones de Rosa Reina Acosta González y Martha Gisella Sánchez (CD fl.40); mismas que resaltan la ausencia de separaciones de hecho o derecho entre la pareja, e indicó la testigo Martha Sánchez que **GARZÓN GARCIA** depende económicamente de la pensionada desde hace 8 o 10 años (2010), derivado de fallas en su salud que le impidieron continuar con la labor de conducción, por lo que, desde tal data no ha trabajado ni obtiene ningún rubro derivado de la prestación personal de los servicios o bienes propios.

De esta manera, encuentra esta instancia demostrado el cumplimiento de los requisitos previstos en la norma pensional y en el desarrollo jurisprudencial ya explicado en esta providencia, para la calenda pensional.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Establecido el derecho en cabeza de la demandante, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado por la parte pasiva en la contestación de la demanda Colpensiones (fl. 32).

Sea lo primero advertir, que la excepción de prescripción es el fenómeno jurídico mediante el cual, se pierde el derecho por no haber ejercido la acción, en regla general, en el término de tres años contados a partir del momento en que se consolida o se hace exigible el derecho, según lo reglado en el artículo 488 del CST y el art. 151 del Código de Procedimiento Laboral. Si bien se ha resaltado que el derecho a la jubilación o el riesgo de vejez es imprescriptible, cierto es, que en el caso de autos el reajuste por personas a cargo, no tiene que identidad con los requisitos para que se configure el citado riesgo de vejez, en lo que respecta con las semanas cotizadas, el IBL y la tasa de reemplazo; pues dicho reajuste por persona a cargo nace como un incremento a la pensión al presentarse el requisito de tener cónyuge, compañera permanente o hijos bajo los presupuestos ya indicados en esta providencia.

En el evento en que no se tenga ni cónyuge, compañero permanente o hijos, al pensionado no le asiste el derecho. Por ello, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha concluido que es procedente el fenómeno de la prescripción si no se reclaman en tiempo por el titular del derecho, entre otras, en la sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicación 27923 con ponencia de la H. Magistrada Dra. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERON, la sentencia Rad. 40919 y Rad. 42300 del 18 de septiembre de 2012, y Rad. 57367 del 23 de julio de 2014 con ponencia del H. M. Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Así entonces, de la documental militante en el plenario se evidencia que la pensión de vejez le fue reconocida a **EDELMIRA RAMIREZ DE GARZÓN** mediante Resolución No. 019207 del 6 de noviembre de 1997, notificada personalmente el 3 de marzo de 1998 (folio 3 y vuelto); que desde el 12 de marzo de 2010 ya existía la dependencia económica de LUIS FRANCISCO GARZÓN GARCÍA, contada desde la data de declaración testimonial de Martha Gisella Sánchez (CD a folio 40). Motivo por el cual, era desde tal estadio que la convocante tenía el término de 3 años para radicar la reclamación administrativa, pero como solicitó el reconocimiento y pago del incremento pensional por compañero a cargo ante Colpensiones el 25 de septiembre de 2017 (fl.4), la cual fue resuelta desfavorablemente a través de Acto Administrativo SUB 210637 del 28 de septiembre de 2017 (folios 10 y 11), y radicó el *libelo* introductorio hasta el 24 de julio de 2019, folio 23; es que evidencia la Sala que el término con el cual contaba el accionante para reclamar esta prestación ya había vencido.

De esta manera, de los argumentos expuestos y la jurisprudencia seguida, es viable concluir, que la excepción de prescripción está llamada a prosperar, por lo que deberá la Sala revocar la sentencia apelada, sin que se trate del desconocimiento de un precedente o de jurisprudencia por extensión emitido por la H. Corte Constitucional, pues, suma indicar que la decisión adoptada en ningún momento contradice la posición de la H. Corte Constitucional, al anunciar esa Alta Corporación que dichos reajustes no fueron reglamentados por la Ley 100 de 1993, en tanto dicho argumento constituye la misma línea que sigue la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Laboral, en tanto solo les asiste a quienes sean pensionados por el Acuerdo 049 de 1990, bien por derecho propio ora por régimen de transición, ello en desarrollo a los principios constitucionales del derecho adquirido y las expectativas legítimas, por lo que, no existe un enfrentamiento entre ambas cortes; de manera que la Corte Suprema de Justicia – Sala



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Laboral los continúa aplicando, tal como se puede corroborar en la sentencia SL 2711-2019, M.P. Dr. Rigoberto Echeverri Bueno.

Concluyendo en la revocatoria del fallo de primera instancia, pero por las razones aquí expuestas.

COSTAS.

Se revoca la condena que sobre costas impartió el *A quo*, para que en su lugar lo estén a cargo de la parte DEMANDANTE, tásense en primera instancia. En esta segunda instancia sin costas dado el resultado de la alzada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública celebrada el 12 de marzo de 2020 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar, **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones invocadas por **EDELMIRA RAMIREZ DE GARZÓN**, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Se revoca la condena que sobre costas impartió el *A quo*, para que en su lugar lo estén a cargo de la parte DEMANDANTE,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

tásense en primera instancia. En esta segunda instancia sin costas dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Aclara voto

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara voto

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LUIS EDUARDO CUERVO CLAVIJO** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de julio del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Alida Del Pilar Mateus Cifuentes** identificada con cedula de ciudadanía No. 37.627.008 de Puente Nacional

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriada el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

(Santander) y tarjeta profesional 221.228 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Johanna Andrea Sandoval.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **LUIS EDUARDO CUERVO CLAVIJO** a través de apoderado judicial, persigue se condene al reconocimiento y pago del retroactivo pensional por el interregno de 18 de diciembre de 2006 a 30 de enero de 2014, junto con los intereses moratorios, indexación, costas y agencias en derecho (folios 3 y 4).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 y 7 de las diligencias, que en síntesis advierten que nació el 23 de junio de 1944 resultando beneficiario del régimen de transición por contar con más de 40 años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y, haber laborado en el Ministerio de Defensa Nacional del 1° de diciembre de 1964 a 30 de septiembre de 1966, en el Club Militar del 29 de mayo de 1967 a 10 de marzo de 1969 y en Ferrocarriles Nacionales de Colombia del 20 de junio de 1983 a 30 de noviembre de 1991 para un total de 620 semanas como servidor público que, sumadas a las cotizadas en el Seguro Social, conciernen a 1.100 semanas para la anualidad 2007; motivo por el cual reseña que, el 18 de diciembre de 2006 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez por cumplimiento de las precisiones normativas, empero, la misma fue decidida desfavorablemente en las Resoluciones No. 0029929 de 6 de julio y No. 0049649 de 29 de octubre de 2007, No. 0041349 de 9 de septiembre



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de 2008 y No. 1288 de 30 de marzo de 2009 aduciendo la falta de requisitos de la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003. Indicó que por tales acotaciones continuó cotizando subsistema de manera independiente sobre un IBC equivalente al salario mínimo, afectando gravemente su derecho pensional. Que nuevamente reclamó la concesión de la pensión de vejez, la que fue negada nuevamente en Acto Administrativo No. 15236 de 27 de abril de 2012 alegando la imposibilidad de computar los tiempos públicos por falta de cotización, sin embargo manifiesta que a la entrada de operación de Colpensiones y por solicitud del 19 de junio de 2012, mediante la Resolución GNR 245858 de 3 de julio de 2014 le fue otorgada la pensión de jubilación por aportes a partir del 30 de enero de 2014 y con una cuantía inicial de \$616.000 en aplicación de la Ley 71 de 1988. Que en los primeros actos administrativos del año 2007, la pasiva adujo que el accionante contaba con 1.046 semanas entre tiempos públicos y privados. Concluye aduciendo que el 27 de mayo de 2016 reclamó la reliquidación pensional con el reajuste de la mesada y diferencias pensionales, la que fue negada en Resolución GNR 197317 de 5 de julio de 2016.

CONTESTACIÓN: La llamada a debate **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al anunciar que los actos administrativos expedidos se encuentran ajustados a derecho por tomar en cuenta las semanas cotizadas y reportadas que, a la postre, dieron paso a la fecha de disfrute asignada. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción parcial y/o total sobre mesadas pensionales y otros, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y las que resulten probadas en el curso del litigio, folios 74 a 76.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 17 de junio de 2020, resolvió **declarar probada** la excepción de inexistencia del derecho; **absolver** a Colpensiones de la totalidad de pretensiones incoadas en su contra y, **condenar** en costas a la demandante (CD a folio 92).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que cuando el extinto Instituto de Seguros Sociales le negó el reconocimiento pensional con acumulación de tiempos no cotizados, actuó con apego a la Ley pues ni la jurisprudencia lo permitía, lo cual cambió desde la sentencia SL 4457 de 26 de marzo de 2014. Señala que bajo los artículos 12 y 13 del Acuerdo 049 de 1990 y la desafiliación tacita definida por la Corte Suprema de Justicia, es viable colegir que los 20 años de tiempos públicos y privados fueron cumplidos el 7 de diciembre de 2005 cuando ya contaba con 60 años, no obstante para la fecha de reclamación continuó cotizando como trabajador independiente hasta el 31 de enero de 2014, por lo que el actuar de la pasiva se encuentra en derecho atendiendo el criterio que estaba vigente para esa fecha y la vigencia del artículo 5° del Decreto 2709 de 1994. Finalmente manifiesta que aún en gracia de discusión, la prestación reclamada se halla prescrita.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Contra esta sentencia los apoderados de las partes no interpusieron recursos, por lo cual el *A quo* procedió a enviar el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado Jurisdiccional de **Consulta**.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: El citado extremo procesal adujo que la pretensión principal encuentra sustento en reiterada y pacífica jurisprudencia de la H. «Corte Constitucional», donde *«ha referido que si bien el disfrute de la pensión de vejez está condicionado a la desafiliación del sistema, existen unas circunstancias excepcionales en las cuales se puede conceder la prestación sin que exista desafiliación o novedad de retiro»*, como acaeció en el presente asunto, al solicitar el reconocimiento pensional para el momento del cumplimiento de los requisitos de ley, siendo sus empleadores quienes no desplegaron la novedad de retiro. Agregó que, la *«Corte Suprema de Justicia ha sentado su criterio frente a los aportes posteriores a la causación del derecho pensional, considerando que si no ayudan a mejorar el monto de la mesada, no deben ser tenidos en cuenta porque le ocasionan perjuicio al afiliado, así lo dijo en sentencia de 22 de febrero de 2011, radicada con el número 34514»*. Dimanando en la revocatoria del fallo de primer grado.

Parte demandada: La convocada a juicio anunció que el acto administrativo que dio lugar al reconocimiento de la pensión de vejez se encontraba ajustado a derecho, en la medida que, para que hubiera lugar al otorgamiento del retroactivo pensional, el actor debió acreditar el *«retiro con el último empleador»* bajo los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende del documento radicado ante la entidad el 27 de mayo de 2016, folios 55 a 59.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de conocimiento y el estudio del grado jurisdiccional de consulta a favor del accionante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el dilucidar la viabilidad de acceder a la reliquidación pensional por cambio de fecha de disfrute, con la consecuente concesión de las mesadas pensionales desde la primigenia reclamación administrativa.

STATUS DE PENSIONADO

Al analizar las pruebas allegadas al plenario, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 CPL, en especial, copia del documento de identificación del accionante (fls.15), copia de las Resoluciones No. 0029929 de 6 de julio de 2007, No. 0049649 de 29 de octubre de 2007, No. 041349 de 9 de septiembre de 2008, acto de 30 de marzo de 2009, No. 15236 de 27 de abril de 2012, GNR 245858 de 3 de julio de 2014 (fls.16 a 39,), reporte de semanas cotizadas en



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

pensiones (fls.40 a 45), constancias laborales (fls.46 a 53), comprobante de pago de nómina (fls.54) reclamación administrativa (fls.55 a 59), oficios emitidos por Ferrocarriles Nacionales de Colombia y Colpensiones (fls.63 y 64) y expediente administrativo obrante en Colpensiones (CD a folio 73); probanzas de las cuales se colige, tal como con acierto lo determinó el *A quo*, que a LUIS EDUARDO CUERVO CLAVIJO le fue reconocida la pensión de vejez mediante Resolución No. 245858 de 3 de julio de 2014, a partir del 30 de enero de esa anualidad y en cuantía inicial de \$616.000, en aplicación a lo estatuido por la Ley 71 de 1988 (folios 34 a 39), así mismo se constata que cuenta con 592 semanas aportadas al otrora Instituto de Seguros Sociales por el interregno del 1º de febrero de 1972 al 31 de enero de 2014, últimos gestados por el accionante a nombre propio como trabajador independiente (folios 40 y 41) y, que prestó sus servicios personales a órdenes de Ministerio de Defensa del 1º de diciembre de 1964 al 30 de septiembre de 1966, en el Club Militar del 29 de mayo de 1967 a 10 de marzo de 1969 y en Ferrocarriles Nacionales de Colombia por el lapso del 20 de junio de 1983 a 30 de noviembre de 1991 con 6 días de interrupción (medio magnetofónico a folio 73); supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia.

RETROACTIVO PENSIONAL – FECHA DE DISFRUTE

Para desatar el conflicto es oportuno subrayar que se encuentra acreditado que la última cotización en pensiones la elevó el actor para el ciclo de enero de 2014, como da cuenta de ello el reporte de semanas cotizadas (fl.40); en igual sentido se acreditó que CUERVO CLAVIJO accedió a la edad pensional el 23 de junio de 2004, como quiera que nació el mismo día y mes del año 1944 (fl.15).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Corresponde a esta Sala, centrarse en el estudio de la fecha a partir de la cual el accionante efectivamente tiene derecho a disfrutar de la pensión reconocida, no sin antes advertir que en asuntos como el *sub judice* la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral ha sido enfática en señalar que para los beneficiarios de la pensión de vejez bajo el imperio de la Ley 71 de 1988, la legislación que rige el estudio de la fecha de causación y disfrute es el artículo 7° y 8° de la Ley *ejusdem*, reglamentado por el art. 2° del Decreto 2709 de 1994², último que prescribió:

«Artículo 2°. Efectividad y pago de la pensión de jubilación por aportes. La pensión de jubilación por aportes, para los servidores públicos se hará efectiva una vez se retiren del servicio. Para los demás trabajadores, se requiere la desafiliación de los seguros de invalidez, vejez o muerte y accidente de trabajo y enfermedad profesional, salvo las excepciones previstas en la ley»

Dichos parámetros normativos permiten recalcar la diferenciación presentada entre la causación del derecho a la pensión y la fecha del disfrute entre aquellos beneficiarios que al momento de cumplir requisitos se encontraban prestando su servicio en calidad de servidores públicos y, los que por el contrario, ostentaban la condición de trabajadores en el sector privado.

Dimana de lo precedente, que el retiro del servicio únicamente se puede predicar para aquellos eventos en que el afiliado, al momento de acceder y reclamar el otorgamiento pensional, se encontraba laborando a órdenes del Estado como servidor público, pues de demostrar que fungía como trabajador independiente o dependiente del sector privado únicamente se le exigirá la desafiliación del sistema. Aspecto reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral, entre otras, en la sentencia SL 1511 - 2014 Rad. 57677 del 5 de febrero de

² Sentencia SL4413-2014 Rad. 44825 del 2 de abril de 2014 y SL1511-2014 Rad. 57677 del 5 de febrero de 2014.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

2014 con ponencia del H. Magistrado Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve, al enseñar:

*«En sede de instancia, sirven las mismas consideraciones efectuadas en la esfera casacional. Sin embargo, ha de agregarse que la L. 71/1988 Art. 8 señala entre otros aspectos, que las pensiones «deben pagarse mensualmente al pensionado desde la fecha en que se haya retirado definitivamente del servicio, en caso de que ese requisito sea necesario para gozar de la pensión» y acreditado dicho retiro se incluirá en la nómina de pensionados. Pero ello **aplica para quienes ostentan la calidad de servidores públicos para el momento del reconocimiento de la prestación económica, que no es el caso del demandante, quien estaba para esa época cotizando para pensión al ISS en el sector privado.***

*En el puntual aspecto objeto de estudio, la norma que gobierna la situación es el D.R. 2709/1994 Art. 2° que reza: **«Efectividad y pago de la pensión de jubilación por aportes.** La pensión de jubilación por aportes, para los servidores públicos se hará efectiva una vez se retiren del servicio. Para los demás trabajadores, se requiere la desafiliación de los seguros de invalidez, vejez o muerte y accidente de trabajo y enfermedad profesional, salvo las excepciones previstas en la ley» (Subraya la Sala).*

Ciertamente, en el sub examine el demandante se encontraba en la situación de los trabajadores distintos a los empleados públicos, y tal como quedó visto, cumplió con desafiliarse del sistema en septiembre de 2006, por lo que la efectividad y pago de su pensión será desde el 1° de octubre de ese año, conforme bien lo dispuso el fallo de primer grado» (Negrilla fuera de texto)

Ha considerado además la jurisprudencia, que cuando no resulta claro, de las pruebas aportadas, el momento en el cual el afiliado se retira del sistema, deben evaluarse las circunstancias específicas en cada asunto. Así, en sentencia, en sentencia rad. 39391 del 22 de febrero de 2011 con ponencia del H. Magistrado Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve, consideró que las normativas debe estudiarse e interpretarse en correlación a las particularidades fácticas que circunden el objeto prestacional, así las cosas, si la continuidad en el pago de cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones después de efectuada la correspondiente reclamación administrativa, se dio en razón a la negligencia de la entidad administradora de pensiones y, además, no se incrementan los factores que integran la mesada pensional, resulta viable el reconocimiento de la pensión de vejez, según los hechos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

relatados en el mencionado proveído, para la data posterior a la solicitud de pensión.

Determinación que enseñó:

«En el caso bajo examen, se tiene que la actora efectuó reclamación a la entidad el 17 de mayo de 2005 como se expone en la ya mencionada resolución (...)

(...) es pertinente recordar, que si bien los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, establecen como necesaria la desafiliación del sistema para que proceda el pago de la pensión de vejez, se debe estudiar las particularidades de cada caso, pues su aplicación ha de ajustarse a las especiales circunstancias que emergen de la situación pensional del afiliado, además que no es posible hacer responsable al asegurado de los errores de la administradora de pensiones, quien como en esta oportunidad acontece debió reconocer el derecho en su oportunidad por estar ya satisfechos la totalidad de los requisitos exigidos por los reglamentos del ISS. Al respecto, en un asunto de similares características, en sentencia que data del 1° de septiembre de 2009, radicado 34514, se dijo:

(...) tal criterio hermenéutico ha de ser entendido y por ende aplicable, única y exclusivamente para aquellas eventualidades en donde su no inclusión conlleva una desmejora en los intereses del aportante frente al monto final de su mesada pensional (...)

*Lo resuelto a través de la sentencia que se reprodujo, tiene una razón de más para ser aplicada en el caso bajo examen, **consistente en que los aportes realizados por el accionante, luego de haber consolidado su derecho, obedecieron a la equivocación en que incurrió el ente de seguridad social en la contabilización de las cotizaciones.**» (Resalta fuera de texto)*

Alusión jurisprudencial que encuentra igualdad de considerandos en la sentencia SL 1353 – 2019 con ponencia de la H. Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, al doctrinar *«En esa perspectiva se advierte que, en este caso, la accionada actuó con negligencia al momento de resolver la solicitud del actor al indicarle que debía cotizar semanas adicionales con base en una normativa que no era pertinente. Por tanto, a pesar de que no hubo un retiro formal del sistema general de pensiones, la prestación deprecada debe otorgarse desde el día siguiente a aquel en que el actor cumplió con los requisitos para consolidar el derecho especial, esto es, a partir del 6 de octubre de 2007, pues el accionar de la entidad demandada lo obligó a continuar cotizando. Para efectos del cálculo del monto de aquella, no se deben tener en cuenta los aportes que realizó con posterioridad» (subraya fuera de texto)*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

De cara a lo anterior, evidencia esta segunda instancia que se incorporó copia de la Resolución No. 29929 de 6 de julio de 2007, del cual se avizora la solicitud pensional radicada el 18 de diciembre de 2006, así como la indicación por esa administradora en la ausencia de densidad de aportes para tal estadio temporal por contar únicamente con «17 años, 10 meses y 18 días representados en 920 semanas».

Empero, contrario a lo allí descrito, del reporte de semanas cotizadas actualizado a 20 de septiembre de 2019 (CD a folio 73), se encuentra que para el momento del *petitum* pensional contaba con 463.72 semanas cotizadas al otrora Instituto de Seguros Sociales y con 4.337 días de servicio público que equivale a 620 semanas, para un total de 1.083,72 semanas o 21 años y 24 días.

Sin que resultara válido desplegar el descuento de ciclos pensionales por la aludida falta de cotización al subsistema de seguridad social en salud como independiente, no solo porque aquello carecía de acierto conforme al reporte expedido por SOL SALUD EPS y el oficio del 4 de junio de 2007 emitido por el Ministerio de Protección Social que da cuenta de su pago (CD a folio 73), sino que aquella manifestación contraría diáfananamente las enseñanzas expuestas por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, entre muchas, en la sentencia rad. 42693 de 21 de junio de 2011 al referir la validez de tales semanas, en tanto:

«(...) el hecho de no aportar simultáneamente para los riesgos de IVM y salud, no acarrea la ineficacia de lo cotizado para el riesgo de vejez y menos la pérdida del derecho a la pensión de quien tiene la densidad de semanas suficiente. También se destacó que lo regulado por la Ley 797 de 2003, artículos 3, 5 y 6, así como lo previsto en el Decreto 510 de 2003, artículo 3º, en torno al aporte por salud, aplica para una hipótesis muy diferente, como es la relativa a los trabajadores subordinados o dependientes, que reciban simultáneamente un ingreso adicional como independientes, que no es el caso de quien sólo cotiza en esta segunda condición.»

Al respecto, en la referida sentencia con radicado 35329, esta Corporación textualmente puntualizó:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

(...)

Así las cosas, si el artículo 6° de la Ley 797 de 2003, que es el que gobierna lo concerniente a las cotizaciones de los trabajadores independientes, no descalifica las cotizaciones para pensión realizadas por un trabajador en esta condición, que no aporta para salud, no puede el intérprete hacer extensiva a esta situación, la solución prevista en un precepto legal diferente, pues ello iría en contravía de claros principios de hermenéutica jurídica, como el que prohíbe la imposición de una sanción a un supuesto fáctico no contemplado legalmente; en otras palabras, existe imposibilidad de aplicar por vía analógica una sanción a una conducta no definida previa y restrictivamente como irregular, que es lo que en realidad se presenta cuando se castiga con ineficacia, las cotizaciones para pensión de vejez, no acompañadas de los respectivos aportes al sistema de salud.

En consecuencia, el entendimiento que el Tribunal tuvo del artículo 3° del Decreto 510 de 2003, en relación con el artículo 5° de la Ley 797 de 2003, en cuanto estimó que bajo su égida, sólo se encuentran las personas que, siendo trabajadores subordinados, perciben un ingreso adicional como independientes, que no los que sólo cotizan en esta segunda condición, por lo que se colige, como la solución que se advierte más acertada en este caso, si se tiene en cuenta, además, que las cotizaciones para pensión, se hicieron sobre un salario mínimo legal’.

(...)

Resaltándose que fue la misma administradora de pensiones que, en Resolución No. 49649 de 29 de octubre de 2007 concretó que *«el tiempo cotizado a entidades de previsión del sector público y el cotizado al SEGURO SOCIAL, permite cumplir 20 años, 04 meses y 07 días representados en 1046 semanas»*, ello es, cumplía a cabalidad con los postulados del artículo 7° de la Ley 71 de 1988. Pero continuando con la negativa del derecho al referir la ausencia de semanas bajo los postulados del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 758 de 1990, sin entrar si quiera a detallar los parámetros de la Ley 71 de 1988 y agregando que *«el peticionario podrá optar por seguir cotizando hasta completar el tiempo que le hace falta para adquirir el derecho a la pensión conforme a los parámetros de la Ley 100/93»*, folio 19.

De manera que, aquellas alusiones del *A quo* al considerar que para las datas precedentes la pasiva se encontraba resguardada en los lineamientos normativos que, en suma, impedían el cumulo de tiempo público no cotizado, no solo habrá de analizarse para aspectos divergentes como un actuar exonerador de sanciones dado el cambio por el cese de efectos del Decreto 2709 de 1994, pero en manera alguna



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

para que, en el estado actual, procediera a negar el derecho bajo tal argumentación. A lo que se suma, que las consideraciones desdican de la literalidad de los actos administrativos iniciales que son los que se reclaman para efectos de cambio de fecha de disfrute.

Circunstancias anteriores, que conllevaron la continuidad en el pago de aportes al subsistema de seguridad social en pensión por LUIS EDUARDO CUERVO CLAVIJO hasta enero de 2014, por lo que, no cabe duda que el pago de cotizaciones posteriores ocurrieron por una clara desidia de la entidad administradora de pensiones; hecho que no puede ser trasladado al convocante, quien al haber consolidado su derecho tuvo que continuar cotizando ante la negligencia de la entidad al estudiar la pretensión reclamada.

Lo que impone la modificación de la fecha de disfrute a la data de reclamación primigenia gestada el 18 de diciembre de 2006, en la medida que, no solo los aportes posteriores fueron consumados con un ingreso base de cotización similar al mínimo mensual legal vigente y por negligencia de la pasiva, sino que para efectos de la norma que gobierna la prestación, la tasa de reemplazo no se afecta en grado ascendente en relación con los aportes consumados con posterioridad a los 20 años de servicios, resultando equivalentes en el tiempo los valores concedidos en una primera oportunidad.

Deviniendo en la condena al retroactivo pensional desde el 18 de diciembre 2006 a 29 de enero de 2014, como data anterior al otorgamiento pensional consumado en Resolución GNR 245858 de 3 de julio de 2014.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Establecido el derecho en cabeza del demandante, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado en debida



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

forma por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones al contestar el introductorio (folios 75 vuelto).

Este Juez Colegiado de entrada ha de indicar que en materia laboral existen normas que rigen en forma especial no sólo la parte sustantiva, sino en la parte adjetiva, es así como encontramos que el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo respecto al asunto de la prescripción consagra que «Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto» (Subraya y resalta la Sala).

En este orden de ideas, para efectos de no permitir que el transcurso del tiempo extinga las acciones o derechos a que haya lugar, es menester conforme a lo antedicho, que el trabajador eleve reclamación de los derechos que pretende le sean reconocidos, eso sí dentro del término mismo de la prescripción, obviamente para que opere la figura de la interrupción del mismo.

Bajo este horizonte y descendiendo al caso bajo estudio, del material probatorio y legalmente recaudado, se evidencia que se concedió la prestación a través de la Resolución GNR 245858 de 3 de julio de 2014, notificada personalmente el 9 de símil mes y año, siendo desde ese momento que el actor contaba con el término de tres (3) años para elevar la correspondiente reclamación, misma que fue ejecutada el 27 de mayo de 2016, folio 55. La anterior fue zanjada desfavorablemente en Acto Administrativo GNR 197317 de 5 de julio de 2016 (medio magnetofónico fl. 73) e impetró demanda ordinaria laboral el 31 de julio de 2017, folio 65, es que resulta indudable que en el presente asunto se encuentra afectado el derecho al retroactivo pensional por el fenómeno del trienio prescriptivo, respecto de aquellas anteriores al 14 de junio de 2014.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Motivo por el cual, evidencia esta Colegiatura que contrario a lo discurrido por la Juez de Conocimiento, no operó de manera total el fenómeno prescriptivo respecto al retroactivo pensional por todo el interregno reclamado, sino respecto de aquellas causadas en los tres años anteriores al reconocimiento pensional (30 de enero de 2014). Deviniendo en la afectación en las mesadas pensionales con precedencia al 30 de enero de 2011.

Efectuados los cálculos aritméticos correspondientes, se evidencia que por el interregno de 30 de enero de 2011 a 29 de enero de 2014, sobre 14 mesadas anuales, el valor del retroactivo a condena asciende a \$23'745.066.

INTERESES DE MORA – ARTÍCULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993.

La norma pensional que estableció los intereses moratorios deprecados por el accionante en la demanda, se encuentran regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, al señalar *«a partir del 1° de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago»*.

Descendiendo al estudio normativo de la institución rogada, se tiene que en el presente asunto no hay lugar a fulminar condena por concepto de intereses moratorios, en la medida que la negativa del extinto Instituto de Seguros Sociales en conceder la pensión desde la primera solicitud y bajo la Ley 71 de 1988, dimanó de los aspectos normativos y jurisprudenciales vigentes al momento de la reclamación administrativa, que impedían la sumatoria de tiempos públicos no cotizados para tal reglamentación por disposición del artículo 5° del Decreto 2709 de 1994, que fue declarado nulo por el H. Consejo de Estado solo hasta la sentencia con rad. 2793-08 de 28 de febrero de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

2013.

Razón por la cual, se logra corroborar que la decisión desfavorable emitida la entidad convocada a juicio, se encontraba resguardada en una actuar bajo la literalidad de la norma ante la posible falta de cumplimiento en los presupuestos. Aspecto dilucidado por la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia SL 14918-2016 Rad. 52073 del 5 de octubre de 2016 y SL 3784-2019 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Razón por la cual, no se accederá al pago de intereses moratorios. Empero, ante la innegable pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la solicitud que al respecto se efectuó en el escrito primigenio, se ordenará la indexación de las sumas fulminadas.

COSTAS. Se revoca la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, para que en su lugar lo estén a cargo de la demandada dadas las resultas de la alzada, tásense en primera instancia. En esta segunda instancia sin costas dado el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública celebrada el 17 de junio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar, establecer como fecha de disfrute de la prestación pensional por vejez de **LUIS EDUARDO CUERVO CLAVIJO** el 18 de diciembre de 2006, al tenor de lo expuesto en los considerandos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

SEGUNDO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** al pago del retroactivo pensional liquidado del 30 de enero de 2011 a 29 de enero de 2014, la suma única de \$23'745.066, mismo que deberá pagarse debidamente indexado.

TERCERO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas con antelación al 30 de enero de 2011, conforme a la parte motiva.

CUARTO: COSTAS. Se revoca la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, para que en su lugar lo estén a cargo de la demandada dadas las resultas de la alzada, tásense en primera instancia. En esta segunda instancia sin costas dado el grado jurisdiccional de consulta.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MAGDALENA RODRÍGUEZ TÉLLEZ** CONTRA **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de julio del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente **DECISIÓN ESCRITURAL**,

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: La señora **MAGDALENA RODRÍGUEZ TELLEZ** a través de apoderada judicial, pretende se imparta condena en contra de la demandada, encaminada a que se le reconozca y pague la reliquidación de la sustitución pensional de la que es beneficiaria a partir del 24 de mayo de 2015, y que se le tenga para tal efecto, los aportes que efectuó el causante durante toda su vida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993; así mismo, se condene a la pasiva al reconocimiento de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la norma en comento, la indexación de las sumas reconocidas, las costas y agencias en derecho. (fl. 3).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 a 6 de las diligencias, en los que en síntesis advierte que el 13 de febrero de 2015, Carlos Alberto Valderrama Carne (q.e.p.d) solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez ante Colpensiones; que el 24 de mayo de 2015, acaeció el deceso del causante; que mediante Resolución GNR 340359 de 29 de octubre de 2015, le fue reconocida la pensión de invalidez *post mortem* al *de cuius*; que en el mismo acto administrativo se reconoció la sustitución pensional. .

Afirmó, que la pensión de invalidez fue reconocida a partir del 1° de julio de 2015, en cuantía de \$1'066.017.00; que para efectos del reconocimiento pensional se tuvo en cuenta un total de 1.133 semanas de cotización y una tasa de remplazo del 66%; que se le reconoció un retroactivo pensional en la suma de \$5'985.958.00; que el 6 de enero de 2016, solicitó de la encartada la reliquidación de la sustitución pensional, petición que fue desatada de forma negativa mediante Resolución GNR 47899 de 15 de febrero de 2016; que mediante escrito de 15 de junio de 2017, elevó solicitud ante la encartada encaminada a que se le reliquidara la pensión de sobrevivientes y se le reconociera



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Adujo, que mediante Resolución SUB 1116336 de 30 de junio de 2017, Colpensiones negó la solicitud de reliquidación pensional; que para el momento del deceso del causante, aquel contaba con más de 1.250 semanas cotizadas; que para efectos de liquidar la prestación pensional no se tuvo en cuenta los aportes que efectuó el afiliado durante toda su vida laboral

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, al ejercer el derecho de contradicción y defensa se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que al realizar el estudio del derecho deprecado por la parte demandante, no se encontró diferencia alguna que pueda decantar en la reliquidación de la prestación pensional. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, no configuración del derecho a pago de indemnización, pago, buena fe y la declaratoria de otras excepciones. (fls. 58 a 60).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 13 de marzo de 2020, **condenó** a la demandada a reliquidar la pensión de invalidez post mortem reconocida desde el 24 de mayo de 2015 al señor Carlos Alberto Valderrama Carne y sustituida a la demandante, tomando como IBL el promedio de lo cotizado durante toda la vida laboral del causante, actualizado al año 2015, siempre y cuando le resulte más favorable a la parte actora, y **absolvió** a la demandada de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

las demás pretensiones incoadas en su contra probado el medio exceptivo de prescripción. (fl. Cd. 112).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que en el caso del causante, válido es dar aplicación a lo enseñado tanto por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral como por la H. Corte Constitucional, en lo que atañe la posibilidad de tomar como fecha de causación de la pensión de invalidez, aquella en que se realizó la última cotización al sistema por parte del afiliado, ello, al sostener que en tratándose de pensiones de invalidez, cuando el afiliado conserva una capacidad laboral residual, aquel puede continuar con la construcción de la prerrogativa prestacional hasta tanto no se manifieste la enfermedad de tal manera que le impida ejecutar las labores. Sumó a ello, que al acreditarse un total de 1.304.86 semanas efectivamente cotizadas en pensión, el causante tenía derecho a que se le liquidará a prestación, tomando como IBL, aquel que arrojará el promedio de toda la vida laboral.

CONSULTA

Surtidos los términos procesales, las partes no interpusieron recurso alguno, por lo que la decisión se remitió a fin que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con el artículo 69 del CPL.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Parte demandante: Persigue la promotora del juicio, la confirmación de la sentencia consultada, por cuanto el actuar de la demandada, al momento de reliquidar la prestación pensional, le desmejoran ostensiblemente el derecho pensional, pues debió la entidad, de acuerdo a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, tener en cuenta la totalidad de ingresos bajo los cuales cotizó el causante para efectos de construir la prerrogativa prestacional.

Parte demandada: Solicita la encartada se absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en el libelo introductor, al considerar, en síntesis, que las semanas que deben ser tenidas como efectivamente validas, son aquellas que el afiliado cotizó para el momento de la estructuración de la invalidez o la ocurrencia del accidente de trabajo, lo que para el caso en concreto suma un total de 1.116 semanas, las cuales no le permiten acceder a la previsión del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, para de ese modo, contabilizar los tiempos que efectivamente cotizó el afiliado durante toda su vida laboral.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el libelo demandatorio, las inconformidades presentadas por la accionada en la contestación de la demanda y los fundamentos esbozados por la juez de primera instancia, esta Colegiatura en ejercicio de las facultades legales consagradas en el artículo 69 del CPL, procede a determinar cómo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

problema jurídico a resolver, si le asiste derecho a la demandante a que la demandada reliquide la pensión de invalidez *post mortem* que le fue reconocida a Carlos Alberto Valderrama Carne (q.e.p.d.) misma que le fuera sustituida posteriormente.

STATUS DE PENSIONADO

No es tema de controversia la calidad de pensionado que adquirió Carlos Alberto Valderrama Carne (q.e.p.d.), pues es patente que mediante la Resolución GNR 340350 de 29 de octubre de 2015, la demandada le reconoció la pensión de invalidez *post mortem*, en cuantía de \$1'067.904.00; tampoco es tema de discusión la calidad de beneficiaria de la sustitución pensional que ostenta la demandante, pues la encartada en el acto administrativo en mención así lo dispuso, prestación que le fue concedida a partir del 24 de mayo de 2015.

Aspectos estos, que se encuentran acreditados con la documental que gravita a folios 33 a 36 del informativo.

RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

Persigue la demandante la reliquidación de la pensión de invalidez *post mortem* que le fue reconocida a Carlos Alberto Valderrama Carne y que, con posterioridad, le fuera sustituida a aquella, al considerar en esencia, que no se dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que, para forjar el IBL, se debió tomar el promedio de lo cotizado durante toda la vida laboral del afiliado y no los últimos diez años como lo hizo Colpensiones.

Dicho lo precedente, y con el ánimo de resolver el asunto puesto a escrutinio de la Sala, es preciso señalar que de tiempo atrás la Corporación de cierre en materia laboral ha dispuesto, que en tratándose de pensión de invalidez, no se hace necesaria la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

desafiliación al sistema para acceder a la prestación pensional, pues la causación de dicha prerrogativa y el pago de la misma, se produce desde la fecha en que se estructuró la pérdida de capacidad laboral u ocurrió el accidente de trabajo, aspecto que da lugar a liquidar la prestación a la luz de lo dispuesto en los artículos 40 de la Ley 100 de 1993 y 21 del mismo compendio normativo.

Ahora bien, en lo atinente al ingreso base de liquidación a tener en cuenta para liquidar la prestación pensional derivada de la invalidez, la Corporación de cierre en materia laboral ha enseñado que sólo es válido beneficiarse de aquellos periodos cotizados con antelación a la estructuración de la contingencia, deviniendo así la improcedencia de la reliquidación prestacional cuando el asegurado pretende hacer valer tiempos cotizados con posterioridad a dicha estructuración.

Sobre el particular, la Alta Corporación en la sentencia con radicación interna 41822 de 28 de agosto de 2012, enseñó que:

«...para obtener el ingreso base de liquidación de la prestación económica derivada de la invalidez del afiliado, no es procedente tener en cuenta lo cotizado con posterioridad a la fecha de la estructuración de su pérdida de capacidad laboral, sino los aportes anteriores al reconocimiento pensional, y por ende, tampoco es pertinente pretender una reliquidación de la mesada con los aportes que en mayor cuantía realizó la asegurada después de su minusvalía, por haber seguido laborando».

En virtud de lo hasta aquí expuesto, y con el ánimo de resolver la *litis* planteada, comienza la Sala por señalar, que el artículo 44 de la ley 100 de 1993, dispone las reglas a tener en cuenta al momento de establecer el monto de la prestación pensional que cubre la contingencia de la invalidez. Así, la norma en comento dispone que:

«El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a:

a. El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

b. El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.

La pensión por invalidez no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.

La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado».

Por su parte, el artículo 21 de la norma *ejusdem* dispone que para obtener el ingreso base de liquidación se tendrá en cuenta los siguientes criterios, a saber: i) el promedio de los salarios sobre los cuales cotizó el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia o ii) los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si resulta superior a aquel que se obtuvo del promedio de los últimos diez años, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo.

En tal virtud, se tiene que para la formación de la mesada pensional la Administradora de Fondo de Pensiones debe dar aplicación a lo dispuesto en las normas en cita, es decir, que para establecer la tasa de remplazo, deberá tener en cuenta el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y el número de semanas cotizadas, y para definir el ingreso base de liquidación, la AFP, tendrá en cuenta el promedio de los salarios bajo los cuales el afiliado cotizó durante los últimos diez años precedentes a la acusación del derecho, o aquellos sobre los que cotizó durante toda la vida laboral, siempre que le resultare más beneficioso al peticionario, ello claro está, si cotizó al menos 1.250 semanas a pensión al momento de estructurar la contingencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Al descender al caso sub examine, se tiene que Carlos Alerto Valderrama Carne (q.e.p.d.) fue calificado por parte de Colpensiones con una pérdida de capacidad laboral del 71.20%, y fecha de estructuración 23 de diciembre de 2011, tal como se desprende del acto administrativo de reconocimiento pensional visto a folios 33 a 36 del informativo; que para data de acaecimiento de la enfermedad, el afiliado logró acreditar un total de semana cotizadas de 1.130, aspecto que se atestigua con la historia laboral arrimada al expediente y que gravita a folios 19 a 26.

Pues bien, en atención a los lineamientos normativos y jurisprudenciales citados en precedencia, y la prueba recaudada en el proceso, encuentra esta Sala de Decisión, que contrario a lo dispuesto por la juez de primera instancia, a la demandante no le asiste derecho a que la pensión de invalidez reconocida al causante se le reliquide teniendo como elemento forjador del IBL la totalidad de tiempos cotizados al Sistema General de Seguridad Social durante toda la vida laboral del afiliado.

Así se afirma, por cuanto la norma que regenta la materia, esto es, el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es precisa en señalar que para definir el ingreso base de liquidación, la AFP, tendrá en cuenta el promedio de los salarios bajo los cuales el afiliado cotizó durante los últimos diez años precedentes a la acusación del derecho, o aquellos sobre los que cotizó durante toda la vida laboral, siempre que le resultare más beneficioso al peticionario y éste haya cotizado al menos 1.250 semanas a pensión para el momento de estructurar la contingencia, supuesto de facto que no acaeció en el *sub lite*, pues como ya explicó, para la fecha en que el causante estructuró la invalidez, tan sólo contaba con un monto de semanas cotizadas de 1.130, lo que le impide hacerse acreedor de la liquidación que por este medio persigue.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Ahora bien, si en gracia de discusión se acogiera la tesis de la sentenciadora de primer grado, de dar aplicación a la regla jurisprudencial de la condición más beneficiosa, en el entendido, de poder contabilizar hasta el último día cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Pensión, partiendo de la capacidad laboral residual del afiliado, y de esta manera, modificar la fecha de acaecimiento de la invalidez, se debe precisar, que la mismas resulta inaplicable al presente proceso.

Lo anterior, por cuanto dicha excepción sólo es aplicable en los eventos en que la enfermedad que padece el afiliado es de aquellas consideradas como de tipo crónico, congénito o degenerativo, y es únicamente en dichos eventos, que jurisprudencialmente se ha admitido la modificación de la fecha en que se causa el derecho, permitiéndole al juez elegir cual será la data en que acaeció efectivamente la minusvalía, siendo entre aquellas, la dispuesta en el dictamen emitido por la AFP o aquel proferido por las Juntas Calificación de Invalidez, o aquella en que se produjo la última cotización al sistema.

De esta manera, se itera, que en tratándose de personas que padecen enfermedades de tipo crónico, congénito o degenerativo, jurisprudencialmente se ha dispuesto un trato diferencial respecto a la fecha en que se reconoce el acaecimiento de la invalidez, y para tal efecto, se estableció que es posible tener en cuenta, en cada caso particular, además de la data de estructuración de la invalidez, los siguientes aspectos a saber:: (i) la calificación de dicho estado, (ii) la de solicitud de reconocimiento pensional o (iii) la de la última cotización realizada, fecha en la que se presume, la enfermedad se reveló de tal forma que le impidió al afiliado seguir prestando su fuerza de trabajo. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia Sl 3275 de 2019, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, enseñó que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«... en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos.

Ahora bien, en aras de evitar el fraude al sistema general de pensiones y, a su vez, garantizar su sostenibilidad fiscal, es necesario, en cada caso, ponderar varias aristas del asunto a dilucidar, tales como el dictamen médico, las condiciones específicas del solicitante, la patología padecida, su historia laboral, entre otras, pues precisamente en razón a que el afiliado puede trabajar y, producto de ello, cotizar al sistema durante el tiempo que su condición se lo permita, es necesario corroborar si los aportes realizados se hicieron con la única finalidad de acreditar las semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número importante de ellos resultantes de una actividad laboral efectivamente ejercida.

(...)

... la Corte Constitucional, validó tener en cuenta la fecha de calificación de la invalidez, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional o, incluso, la data de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo del sustento económico, decisión que, en todo caso, debe fundamentarse en criterios razonables, previo análisis de la situación en particular y en garantía de los derechos del peticionario».

Dilucidado lo anterior, y al descender al *sub lite*, se advierte que, para el caso del señor Carlos Alberto Valderrama Carne, no es aplicable la regla excepcional ya antes citada, ello por cuanto, del material probatorio allegado a las diligencias, no avizora prueba alguna que permita establecer el tipo de padecimiento del causante y si dicha patología es de aquellas que se pueden denominar como crónica, congénita o degenerativa, para de este modo, y pese a no ser pedido así en la demanda, proceder a dar aplicación a la vertiente jurisprudencial emanada por los Órganos de cierre en materia laboral y constitucional. Así las cosas, no le queda otra senda diferente a la Sala que revocar la sentencia consultada, para en su lugar, absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda, sin condena alguna por haberse surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 13 de marzo de 2020, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **MAGDALENA RODRÍGUEZ TÉLLEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda, sin condena alguna en atención a que el proceso se conoció en el grado jurisdiccional de consulta.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ORLANDO TORRES MALAVER** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de julio del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Alida Del Pilar Mateus Cifuentes** identificada

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriada el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

con cedula de ciudadanía No. 37.627.008 de Puente Nacional - Santander y tarjeta profesional 221.228 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Johanna Andrea Sandoval. Así como a la Dra. **Magnolia Del Pilar Saavedra Segura** con c.c. 52.873.865 y T.P. 339.925 del C.S. de la J. para que geste como representante judicial de Colfondos S.A.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **ORLANDO TORRES MALAVER** a través de apoderado judicial, persigue se declare nula o ineficaz la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantada a través de PORVENIR S.A., por incumplimiento en el deber de información, así como las realizadas con posterioridad, y se declare válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida con la concesión de la pensión de vejez por transición; como consecuencia, se ordene a COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual con rendimientos y gastos de administración, debiendo la última pagar la pensión de vejez a partir del día siguiente de la última cotización, al tenor del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, Ley 33 de 1985 y/o Ley 100 de 1993, junto con el retroactivo pensional, intereses moratorios, costas y agencias en derecho (folios 89 y 90).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 90 a 93 de las diligencias, que en síntesis advierten que nació el 8 de enero de 1955 e inició cotizaciones al sistema pensional en CAJANAL por la prestación del servicio en la Contraloría de Cundinamarca del 2 de febrero de 1978 a 23 de octubre de 1981, para luego vincularse al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

otrora ISS del 4 de mayo de 1988 a 30 de enero de 1989 y del 1° de noviembre de 1995 a 30 de abril de 1997, interrupción presentada por el nexo laboral con la Unidad Administrativa de Catastro Distrital desde el 4 de agosto de 1994 y hasta el 30 de septiembre de 1995, consumando los aporte a la Caja de Previsión Social del Distrito, siendo beneficiario del régimen de transición por contar con 40 años de edad a la data de vigencia de la Ley 100 de 1993 para el sector público. Indica que para el mes de abril de 1997 diligenció formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., al ser persuadido con el argumento de la quiebra del ISS y el riesgo de mantener allí los aportes, sumado a la posibilidad de pensionarse en cualquier momento y edad en el RAIS, pero sin informarle la pérdida del régimen de transición, la naturaleza y características del RAIS, la forma de financiación de la pensión como capitalización, rendimientos financieros y características del mercado bursátil, las ventajas y desventajas como la disminución en un 70% de su mesada pensional en comparación con RPM, la posibilidad de retracto en la afiliación, lo que igualmente acaeció al movilizarse a COLFONDOS S.A. en septiembre de 2006, donde a la fecha acredita más de 1.450 semanas cotizadas. Finalmente manifiesta que elevó solicitudes a las demandadas buscando la anulación del traslado y la activación de la afiliación a Colpensiones, las cuales fueron zanjadas desfavorablemente.

CONTESTACIÓN: La llamada a debate **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al anunciar que el demandante se encuentra válidamente afiliado a la AFP, sin probar error, fuerza o dolo en el traslado más cuando la ignorancia de la Ley no es excusa para aludir invalidez. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados prescripción y caducidad; inexistencia del derecho y de la obligación; cobro de lo no debido; buena fe; compensación y las que resulten probadas en el curso del litigio, folio 113 a 123.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

A su turno, la llamada a debate **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, elevó rechazo al *petitum* invocado en su contra refiriendo la inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, pues cualquier persona puede acceder a las fuentes de información donde están definidas las características de cada régimen. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho reclamado; inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe y, las que se prueben, folios 140 a 167.

Finalmente, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, contestó la acción judicial precisando su oposición a la demanda, por considerar que se le entregó la información respecto de las características del régimen de ahorro individual, sin que se configure vicio en el consentimiento por suscribirse el formulario de forma voluntaria y autónoma. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados prescripción; falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; buena fe; prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo; enriquecimiento sin causa e innominada, folios 220 a 229.

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 4 de marzo de 2020, resolvió **declarar la ineficacia** del traslado de régimen pensional del demandante a través de PORVENIR S.A. el 29 de abril de 1997. En consecuencia, **declarar** para todos los efectos legales que el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

solidaridad y, por lo mismo, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; **ordenar** a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia; **ordenar** a COLPENSIONES a recibir de COLFONDOS S.A. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, rendimientos, gastos de administración y actualizar la historia laboral; **ordenar** a COLPENSIONES que una vez que reciba los dineros trasladados por COLFONDOS S.A., estudie la pretensión y resuelva sobre el reconocimiento y pago de la pensión de vejez al demandante y, **sin costas** (CD a folio 272).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que no se acreditó la entrega de información suficiente y oportuna al accionante al momento del traslado de régimen, no siendo válido el adelantamiento grupal pues debía consumarse individualmente, encontrándose en el haber de la AFP demostrarlo por inversión de la carga de la prueba, según decisiones de la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral desde el año 2008, más aun cuando el demandante es beneficiario del régimen de transición y exigía una mayor información. No accede al reconocimiento pensional, por no conocerse en este momento las semanas y características normativas a aplicar al actor.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandada PORVENIR S.A. interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo como reparos que para el momento del traslado del accionante se acataron las normas dispuestas, no siendo viable acoger regulaciones y decisiones jurisprudenciales con posterioridad a tal estadio.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En el momento procesal oportuno, al convocada **COLFONDOS S.A. presentó apelación** contra la sentencia de primer grado buscando su revocatoria, al anunciar que no resulta viable aplicar las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia por analogía, por constituir una vulneración al debido proceso y principio de legalidad al carecer de similitud fáctica, en la medida que aquellas referían a beneficiarios del régimen de transición o de quienes estaban próximos a pensionarse, lo que no se cumple para el actor. Agrega que a la fecha de vinculación del RAIS no estaba prescrita la obligación de información y buen consejo, pues el Decreto 656 de 1994 no obligaba a ello y no puede aplicarse de forma retroactiva los decretos de los años 2010 y 2015 y, por lo tanto, tampoco debían realizar una proyección de la mesada pensional como lo conceptuó la Superintendencia Financiera. Resalta que el Decreto 1748 de 2014 puso a disposición de los afiliados las herramientas financieras para calcular su monto.

La parte demandante no elevó recurso de apelación.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: El citado extremo solicitó la confirmación del fallo de primera instancia, aduciendo en síntesis que los lineamientos jurisprudenciales esbozados por el Corte Suprema de Justicia avalan la obligación de los fondos pensionales en suministrar al afiliado la información clara, cierta, comprensible y oportuna de las «*características,*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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 en favor del afiliado. 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 si mismo», deber que no logró acreditar PORVENIR S.A.

Parte demandada: la convocada a juicio, **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, solicitó la revocatoria del fallo de primer grado por considerar que la información alegada como no concedida se encuentra reglada en el artículo 59 y ss de la Ley 100 de 1993, junto con sus decretos reglamentarios, por lo que *«el actor no puede alegar el desconocimiento de la ley por prohibirlo expresamente el artículo 9 del código civil»*. Máxime, cuando la cuantificación del monto de la mesada pensional depende del comportamiento real e histórico de variables como los rendimientos financieros, no siendo factible *«realizar estimación del monto pensional, toda vez que en el régimen de ahorro individual se depende igualmente de variables como el “rendimiento financiero de los fondos”, el cual está sujeto al comportamiento fluctuante de la economía, luego resulta incierto establecer de manera tan temprana, la eventual cuantía de una mesada pensional que le permitiría al actor evaluar cuál sería a futuro el más favorable»*. Finaliza aduciendo que alegar que el RAIS era una desventaja es admitir que un régimen creado por el legislador es deficiente y, arguyendo la inviabilidad de trasladar los gastos de administración, por ser objeto de descuento ante el mandato del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Adicionó que *«el acto jurídico de vinculación con mi representada es eficaz, sumado a que el formulario de afiliación no fue tachado de falso, por el contrario, en el interrogatorio de parte el demandante asevero haberlo firmado de manera libre y voluntaria; también manifestó. Preciso es mencionar que, el demandante nunca hizo ningún trámite para retornar al régimen de prima media»*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

A su turno, la llamada a debate **COLPENSIONES** consideró inviable la declaratoria de nulidad de la afiliación a Colfondos S.A. y Porvenir S.A., por existir elementos de convicción que ratifican el traslado de manera libre y voluntaria ante la entrega de toda la información por el asesor, no observándose vicios en el consentimiento *«como quiera que el demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aporte en pensión, no fue obligado ni muchos menos se ejerció presión o fuerza para que se trasladara y por ultimo referente al dolo el cual es de resaltar que el mismo no se presume sino que se prueba, no hay prueba idónea y contundente que el asesor de manera dolosa y con la intención de ocasionar un daño la indujo al traslado»*. Agregando que la continuidad de la orden implicaría una afectación al principio de la sostenibilidad financiera.

Finalmente, **COLFONDOS S.A.** solicitó la absolución de las pretensiones incoadas en su contra, manifestando para el efecto que el accionante no es beneficiario del régimen de transición, no cumple los parámetros de las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, se encuentra en la prohibición de traslado al faltarle menos de 10 años y, por no evidenciarse que *«exista una ilicitud en el objeto de la afiliación de la demandante al RAIS o a COLFONDOS. La afiliación es plenamente eficaz está respaldada en la normatividad vigente, es determinable en el tiempo, y ha cumplido con las condiciones y normas legales que deben atender los fondos administradores de pensiones»*, la que, por demás, se encontraría prescrita.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme la solicitud radicada el 25 de mayo de 2018, militante a folio 42.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y, en estricta consonancia con los reparos invocados por PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por ORLANDO TORRES MALAVER al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A.

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia del documento de identificación (fl.2), certificados de información laboral (fls.3 a 5, 9 a 17), reporte de semanas cotizadas e historia laboral consolidada (fls.6 a 8, 20 a 27, 34 a 36), formulario de afiliación (fls.18 a), reclamación administrativa, solicitudes pensionales y respuesta (fls.28 a 33, 37 a 46), expediente administrativo obrante en la pasiva (fls.129, 168 a 191) e interrogatorio de parte absuelto por el demandante y el representante legal de Porvenir S.A. (CD a folio 272).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que señaló *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»*

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes de que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas»*.

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha indicado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, señaló:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1°, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

A juicio de esta Sala **no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;** de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(...)

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.

Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que **la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.**

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla» (Acentúa la Sala).

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar:

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) 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 (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de 3 de abril, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, momento en el que:

«... la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro».

Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo bajo radicado 68838, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:

«En el orden planteado, serán resueltos los problemas jurídicos.

1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, 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», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.º los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. *Debida Diligencia.* Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.

2. *Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.* Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3° elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.°, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.° de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugué un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.° 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el párrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.º de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

- 1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.*
- 2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.*
- 3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*
- 4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*
- 5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*
- 6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia*

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el párrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

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

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

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre 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.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

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

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Según lo expuesto precedentemente, 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.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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.

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

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que 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 identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, 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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

TEORIA DEL CASO

Al analizarlas las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al subsistema pensional a cargo de CAPRECUNDI del 2 de febrero de 1978 al 23 de octubre de 1981 por la relación laboral sostenida con la Contraloría de Cundinamarca (folio 2), para luego integrarse al Instituto de Seguros Sociales con afiliación del 4 de mayo de 1988, folio 6, la que se vio interrumpida por la realización



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

de aportes a CAJANAL del 4 de agosto de 1994 a 30 de septiembre de 1995 derivado del nexos con la Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital (folio 9), para continuar el 1° de noviembre de 1995 en el Seguro Social donde permaneció hasta trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., el 29 de abril de 1997 con efectividad del 30 de similar mes y año (fl.18 y 169), para con posterioridad movilizarse a HORIZONTE e ING S.A. (folio 169) y, terminar vinculado en COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. por suscripción del formulario de afiliación del 25 de septiembre de 2006 (fl. 168), administradora donde se encuentra actualmente realizando aportes al subsistema de seguridad social en pensiones (folios 173 a 183); supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura que la AFP PORVENIR S.A. tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario, ni aun deviene del formulario de afiliación militante a folio 18.

Referente al interrogatorio de parte rendido por el representante legal de Porvenir S.A., nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al limitarse a referir que del formulario de afiliación se demuestra la entrega de la información por el asesor, aduciendo como sustento que era obligación de éste explicar las características de ambos regímenes, con las diferencias y condiciones legales para acceder a la pensión de vejez, pero sin tener conocimiento si la entrega fue a través de charlas individuales o grupales (CD a folio 272).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

A su turno, el convocante a juicio fue reiterativo y veraz en informar que los datos concedidos por el funcionario de Porvenir se limitaron a resaltar la liquidación del Seguro Social con la pérdida de los aportes, lo que no acaecería en ese fondo al poder pensionarse en cualquier momento o con la devolución de los dineros, sin ningún condicionamiento. Asesor que no adelantó un estudio particular, al punto que no se percató de su condición como beneficiario del régimen de transición (medio magnetofónico fl. 272).

Dimanando en que las probanzas arrimadas a las diligencias no son suficientes para probar el consentimiento informado y sin que medie otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado; conducta omisiva que a todas luces demuestra una inducción en error a la activa por la AFP PORVENIR S.A., lo cual conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de antaño, se asimila al vicio del consentimiento por dolo, error en el objeto y de hecho (Art. 1508 y s.s del C.C.).

Por manera que, la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A. incurrió en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales del demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiario del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al ser su obligación suministrar la globalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Suma señalar, que la omisión en la información veraz, oportuna y suficiente sobre las consecuencias del traslado, implícitamente engendran un vicio de consentimiento denominado dolo, como ya se advirtió, pues se indujo al afiliado en error en el traslado, indistintamente del tiempo que haya transcurrido luego de la movilidad de régimen o que se haya trasladado de AFP, pues, las personas se pueden mantener por largo tiempo engañadas, mientras no se les ponga en conocimiento el daño realmente sufrido, de ahí que se deba declarar la nulidad, la cual apareja indiscutiblemente la ineficacia del traslado como consecuencia lógica.

Por otra parte, para la Sala pertinente resulta traer a colación lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, SL13873-2014 y SL1452 de 3 de abril de 2019, en lo que refiere a las consecuencias o efectos de la nulidad o ineficacia del traslado, oportunidad en la que la Sala indicó:

«... la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4689-2018, 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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto».

Igualmente se halla acierto en la orden de traslado de todos los emolumentos, entre ellos, los gastos de administración, en la medida que tal consecuencia es la materialización del precepto legal del artículo 1746 del Código Civil, que enseña como efectos de la declaratoria de nulidad el dar «a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Lo anterior, también ha sido objeto de pronunciamiento por la H. Corte Suprema de Justicia, que en sentencia rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, con ponencia del H. M. Dr. Eduardo López Villegas, indicó:

«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.

*La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, **de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración...**»*

E igualmente lo adujo la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL13873-2014 con radicación No. 42500 del 8 de octubre de 2014 con ponencia del H. Magistrado Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, al señalar:

«En efecto, en la sentencia CSJ SL, 7 feb. 2006, rad. 25069, reiterada en CSJ, SL, 13 mar. 2012, rad. 39772, esta Sala dijo:

*«Del texto transcrito es razonable colegir que, **al determinar cuál de las vinculaciones a una entidad de seguridad social es válida y cuáles no, la norma está precisando la vinculación que produce efectos jurídicos** y, así no lo señale específicamente, de manera indirecta la entidad que debe tener a su cargo el reconocimiento de la prestación respectiva, que **lógicamente debe ser aquella respecto de la cual se haya hecho la vinculación que es legalmente admisible y llamada a producir consecuencias para el afiliado...***

(...) (Aparte resaltado de la Sala)

Motivo por el cual, se *itera*, se confirma la determinación en lo relativo a la devolución íntegra de todas las sumas percibidas.

Se aclara que en lo demás, esta sentencia no le causa perjuicio a Colpensiones, pues el afiliado se traslada con todo su capital para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó y, en la medida que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la orden de análisis de la solicitud pensional, no involucra una condena en su contra o la materialización de un derecho inequívoco a conceder.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas estarán a cargo de PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A., por la ausencia de prosperidad en los reparos invocados. Tásense como agencias en derecho la suma de \$600.000, para cada una, liquídense en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el **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: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 4 de marzo de 2020 dentro del proceso ordinario laboral seguido por **ORLANDO TORRES MALAVER** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia lo estarán a cargo de PORVENIR



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

S.A. y COLFONDOS S.A. Tásense como agencias en derecho la suma de \$600.000, para cada una, liquidense en primera instancia.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **CLAUDIA CRISTINA GAVIRIA CORREA** CONTRA LA **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., LA ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A. Y BP ENERGY COMPANY COLOMBIA LTD** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de julio del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: La señora **CLAUDIA CRISTINA GAVIRIA CORREA** a través de apoderada judicial, pretende se imparta condena en contra de las demandadas, encaminada a que se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes, junto a sus menores hijas Isabela y Luciana Estrada Gaviria, a partir del 18 de enero de 2013 fecha de fallecimiento de Carlos Augusto Estrada Valencia; el retroactivo que se llegare a generar; los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; las costas y agencias en derecho. Subsidiariamente solicita, la devolución de saldos y cualquier otro elemento que contemple la cuenta de ahorro individual del causante de conformidad a lo establecido en el artículo 78 de la Ley 100 de 1993. (fl. 148, 149, 272 y 273).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 149 y 200 de las diligencias, en los que en síntesis advierte que contrajo nupcias por rito católico con Carlos Augusto Estrada Valencia el 18 de marzo de 1994, vínculo que perduró hasta el 18 de enero de 2013, fecha del deceso del causante; que de la unión de la pareja se procrearon dos hijas; que la convivencia se dio de manera ininterrumpida; que aquella y las menores hijas dependían económicamente del causante; que el 12 de julio de 2013 solicitó, en nombre propio y en representación de sus menores hijas, la pensión de sobrevivientes como únicas beneficiarias del causante; que el 14 de agosto de 2014, la encartada negó la prestación pensional bajo el argumento que el deceso se produjo con ocasión a un accidente laboral; que el contrato suscrito por el *de cujus* y la sociedad Exploration Company Colombia, se encontraba suspendido desde el 13 de abril de 2005; que desde la fecha de la suspensión del contrato y hasta el fallecimiento del causante, la empleadora efectuó aportes a seguridad social; que a la fecha no obra calificación alguna que determine el deceso como de origen laboral.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONTESTACIÓN: La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, al ejercer el derecho de contradicción y defensa se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que a través de la sociedad Grupo de Tareas Empresariales se adelantó investigación administrativa orientada a esclarecer el origen del accidente que determinó la muerte del causante, en el que se estableció que el deceso acaeció como consecuencia de un accidente de trabajo, por lo que la prestación que por esta vía se reclama, debe ser reconocida por el Sistema General de Riesgos Laborales. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los que denominó origen laboral del siniestro, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. (fls. 261 a 268 280 a 286).

A su turno la sociedad **SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A.**, al descorrer el traslado de la demanda y su reforma, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante, al considerar en esencia, que para el 18 de enero de 2013, no existía cobertura por parte de la entidad frente al señor Carlos Augusto Estrada Valencia, al encontrarse suspendido su contrato de trabajo y en consecuencia, la ausencia de deber del empleador para cotizar ante el sistema de riesgos laborales. **Excepciones:** formuló as que denominó inexistencia de la obligación a carg de Seguros de Riesgos Laborales Suramericana S.A., ausencia de cobertura por parte del sistema general de riesgos laborales, riesgo derivado de las obligaciones que estuviese cumpliendo el sr. Estrada (q.e.p.d.) en el exterior no corresponden a la ARL Sura – Coexistencia de contratos, presunción legal de origen común de la muerte, prescripción del eventual derecho, prescripción de las prestaciones del sistema general de riesgos laborales, inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, pago, compensación, sujeción a los requisitos existentes en el Sistema General de Riesgos Laborales para el reconocimiento de una eventual



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

prestación económica por accidente laboral, buena fe y la genérica. (296 a 317).

De otro lado, **BP ENERGY COMPANY COLOMBIA LTD.** En su doble condición de llamada en garantía y Litis consorte necesario, contestó la demanda, en la que se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en contra de la ARL Suramericana, en atención a que el contrato suscrito entre el causante y la llamada en garantía fue suspendido de mutuo acuerdo desde el 12 de abril de 2005, en consecuencia, y al no acaecer la existencia de un accidente de trabajo lo procedente es el reconocimiento de la pensión de por parte de la AFP.

Excepciones: propuso como excepciones las de inexistencia de posición de garante o responsable de mi representada frente a quien solicita el llamamiento de garantía y la inexistencia de accidente de trabajo o riesgo laboral alguno en los sucesos que provocaron el deceso de Carlos Augusto Estrada Valencia, suspensión del contrato de trabajo, falta de título y ausencia de causa, inexistencia de dominio o subordinación frente a empresas extranjeras e inexistencia de la ejecución del contrato de trabajo. (469 a 478 y 529 a 536).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 2 de marzo de 2020, **condenó** a la sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a devolver los saldos, que del causante, responsa de la cuenta de ahorro individual a favor de la demandante en un porcentaje del 50% y de sus menores hijas en un porcentaje del 25% para cada una, y **absolvió** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. (fl. Cd. 799)).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Lo anterior por considerar el *A quo*, que en el caso del causante, valido es dar aplicación a lo enseñado tanto por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral como por la H. Corte Constitucional, en lo que atañe la posibilidad de tomar como fecha de causación de la pensión de invalidez, aquella en que se realizó la última cotización al sistema por parte del afiliado, ello, al sostener que en tratándose de pensiones de invalidez, cuando el afiliado conserva una capacidad laboral residual, aquel puede continuar con la construcción de la prerrogativa prestacional hasta tanto no se manifieste la enfermedad de tal manera que le impida ejecutar las labores. Sumó a ello, que al acreditarse un total de 1.304.86 semanas efectivamente cotizadas en pensión, el causante tenía derecho a que se le liquidará a prestación, tomando como IBL, aquel que arrojará el promedio de toda la vida laboral.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante CLAUDIA CRISTINA GAVIRIA CORREA elevó recurso de apelación contra la anterior determinación en el que afirmó como motivos de disidencia, que se dio por probado sin estarlo, que la relación laboral estuvo precedida de una suspensión del contrato de trabajo, pues la sentenciadora de primer grado, no tuvo en cuenta la constante facultad subordinante de la empleadora colombiana frente al demandante, al punto de imponerle la obligación de cumplir fielmente las directrices impuestas por el empleador en Inglaterra.

Afirma, que de haberse dado por sentado que en efecto operó la suspensión del contrato de trabajo, no podía obviarse las obligaciones que trae consigo el artículo 53 del C.S.T., el cual compele l empleador a cotizar al Sistema General de Seguridad Social Integral. Por último, enfatizó que no se estudió el derecho pensional bajo los principios que gobiernan la seguridad social, ello por cuanto se reconoció la devolución de saldos, sin miramiento alguno respecto al impacto que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

tiene la prestación frente a la cónyuge superviviente y las menores hijas del causante.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron de la siguiente manera:

Parte demandante:

Solicita la demandante la revocatoria de la sentencia de primera instancia, al considerar en esencia, que la determinación del *a quo* no se compeadece con la realidad, pues a pesar de determinar que el deceso del causante se dio como consecuencia de un accidente de trabajo, no encontró relación entre el empleador BP Energy Company Colombia Ltd, pues dio por sentado que operó la suspensión del contrato de trabajo, ello sin miramiento alguno a la subordinación que seguía ejerciendo su verdadero empleador.

Parte demandada:

Protección S.A.

Afirma la sociedad demandada, que en el caso del causante, su deceso acaeció como consecuencia de un accidente de trabajo, ello por cuanto los para el día de los hechos en que se suscitó el atentado terrorista del cual fue víctima el señor Estrada Valencia, se encontraba al servicio de BP Exploration Company, así mismo sostiene, que mediante certificación emitida el 12 de junio de 2014, indicó que «... que el señor



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Carlos Estrada “ejercía bajo acuerdo laboral con nuestra empresa BP Exploration Operating Company en el Reino Unido” y que se encontraba de visita en la planta In Amena de Argelia en el momento de producirse el ataque terrorista, “para familiarizarse con el Proyecto de Construcción JGC ubicado en In Amenas, el cual estaba bajo su responsabilidad como Vicepresidente de Desarrollos.” Esa comunicación no fue tachada de falsa y por lo tanto se constituyó en plena prueba dentro del proceso», en tal virtud y como quiera que la muerte del de cujus tuvo origen en un accidente laboral, el riesgo no puede ser cubierto por la AFP.

BP Energy Company Colombia Ltd

En la oportunidad procesal concedida, la sociedad encartada solicita la confirmación de la sentencia proferida en primera instancia, al considerar, en síntesis, que no ostenta la calidad de garante respecto de entidades que conforman el Sistema Integral de Seguridad Social, así mismo, señala, que las partes por mutuo acuerdo consensuaron la suspensión del contrato de trabajo, lo que decanta en que para la fecha del deceso del causante, aquel no prestaba los servicios para la compañía en Colombia. Sostiene, que la demandante pretende hacer ver que sólo existe una compañía BP en el mundo, cuando lo cierto es, que dicha Organización cuenta con diversas compañías independientes a nivel mundial, bajo esa orientación, el convenio de política de asignación internacional describe que hay una empresa contratante en Colombia y otra empresa, receptora, que entrara a ejercer subordinación laboral; razón por la cual no puede predicarse la existencia del accidente de trabajo frente a la entidad colombiana.

ARL Seguros de Vida Suramericana S.A.

Ruega la aseguradora, la confirmación de la sentencia de primera instancia, al considerar, que, si bien se comparte las conclusiones del fallo, disiente la encartada de lo manifestado por el *a quo* en el sentido de señalar que en el presente asunto se está en presencia de un



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

accidente de trabajo, ello por cuanto, el artículo 3 de la Ley 1562 de 2012, definió el concepto de accidente de trabajo y la aplicación en el ámbito territorial, norma que no cobija situaciones acontecidas respecto de trabajadores y empleadores sometidos a un ordenamiento jurídico distinto. Suma a lo anterior, que en el proceso se acreditó de manera fehaciente que el empleador que tuvo en Colombia el Sr. Estrada Valencia (q.e.p.d.), al amparo de la suspensión del contrato de trabajo regulada en el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, no realizó aporte alguno al Sistema de Seguridad Social en Riesgos Laborales desde el 1 de agosto de 2011, por lo que no posible la imposibilidad de condena por prestación económica alguna en relación con el fallecimiento del causante.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el libelo demandatorio, las inconformidades presentadas por las accionadas en la contestación de la demanda y los fundamentos esbozados por la juez de primera instancia, esta Colegiatura en ejercicio de las facultades legales consagradas en el artículo 66A del CPL, procede a determinar cómo problema jurídico a resolver, si la relación laboral que ató a las partes, entre el 13 de septiembre de 1995 y el 18 de enero de 2013, estuvo suspendida desde el 13 de abril de 2005 y hasta la fecha de deceso del causante, o si, por el contrario, se trató de una simulación y lo que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

realmente ocurrió fue un traslado del trabajador; esclarecido lo anterior, establecer si le asiste derecho a la demandante a que le sea reconocida la pensión de sobrevivientes por parte de los extremos pasivos.

DEL CONTRATO DE TRABAJO

No es tema de controversia en esta instancia la existencia del vínculo laboral que ató a Carlos Augusto Estrada Valencia con la demandada BP Energy Company Colombia Ltd, pues así fue admitido por la pasiva en la contestación de la demanda y es corroborado con la documental que gravita a folios 21 a 24 del informativo, consistente en contrato de trabajo y otro sí al contrato inicialmente pactado.

DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Alega la sociedad demandada BP Energy Company Colombia Ltd, que si bien es cierto, entre el causante y dicha sociedad se suscribió contrato de trabajo el 13 de septiembre de 1995, no menos cierto es, que entre las partes se pactó la suspensión del vínculo contractual, con ocasión a una licencia no remunerada concedida a Carlos Augusto Estrada Valencia (q.e.p.d), a efectos que aquel se vinculara a una de las compañías que hacen parte de la Organización Internacional de BP-Amoco en Sumbury On Thames (Reino Unido); virtud de lo cual, a partir de la fecha de suspensión del contrato, no medió prestación del servicio por parte del trabajador para con el empleador en Colombia.

A efectos de esclarecer el primero de los planteamientos que son objeto de estudio en esta instancia, esto es, si en efecto, en el presente asunto operó la figura de la suspensión del contrato de trabajo, oportuno resulta indicar que la legislación colombiana previó la posibilidad de suspender el vínculo laboral, cuando se presenta alguna de las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

causales contempladas en el artículo 51 del C.S.T., subrogado por el artículo 4° de la Ley 50 de 1990, norma que establece que:

«El contrato de trabajo se suspende:

- 1. Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución.*
- 2. Por la muerte o la inhabilitación del empleador, cuando éste sea una persona natural y cuando ello traiga como consecuencia necesaria y directa la suspensión temporal del trabajo.*
- 3. Por suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte, hasta por ciento veinte (120) días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador, mediante autorización previa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. De la solicitud que se eleve al respecto el empleador deberá informar en forma simultánea, por escrito, a sus trabajadores.*
- 4. Por licencia o permiso temporal concedido por el empleador al trabajador o por suspensión disciplinaria.*
- 5. Por ser llamado el trabajador a prestar el servicio militar. En este caso el empleador está obligado a conservar el puesto del trabajador hasta por {treinta (30) días} después de terminado el servicio. Dentro de este término el trabajador puede reincorporarse a sus tareas, cuando lo considere conveniente, y el empleador está obligado a admitirlo tan pronto como éste gestione su reincorporación.*
- 6. Por detención preventiva del trabajador o por arresto correccional que no exceda de ocho (8) días por cuya causa no justifique la extinción del contrato.*
- 7. Por huelga declarada en la forma prevista en la Ley».*

A su turno, el artículo 53 de la norma *ejusdem* dispone que *«Durante el periodo de las suspensiones contempladas en el artículo 51 se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y para el {empleador} la de pagar los salarios de esos lapsos, pero durante la suspensión corren a cargo del {empleador}, además de las obligaciones ya surgidas con anterioridad, las que le correspondan por muerte o por enfermedad de los trabajadores. Estos periodos de suspensión pueden descontarse por el {empleador} al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones».*

Del anterior contexto normativo se extrae, que en efecto la figura de la suspensión de los contratos de trabajo se encuentra reglada por la legislación laboral colombiana, pero para que dicha institución se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

configure, se debe enmarcar en una de las causales contenidas en el artículo 51 del C.S.T., supuesto de hecho que acarrea como consecuencia la interrupción en la obligación del trabajador de prestar el servicio para el empleador, y por parte del empleador, se suspende el deber de cancelar los salarios prometidos; sin embargo, continúan en cabeza del dador de laborío, de además de las obligaciones ya surgidas con anterioridad a la suspensión del contrato, aquellas que le correspondan por muerte o por enfermedad de los trabajadores.

Bajo esa orientación, en el asunto puesto a escrutinio de esta Corporación, considera la Sala, no se configura la institución de la suspensión del contrato de trabajo que fue alega la parte demandada. Así se afirma, por cuanto, como se indicó en precedencia, uno de las consecuencias que acarrea la citada suspensión es la cesación en las obligaciones del trabajador para con el empleador encaminadas a prestar su fuerza de trabajo, aspecto este, que no se acreditó en el plenario, pues contrario a ello, tal como lo adujo la recurrente, la demandada BP Energy Company Colombia Ltd, continuó ejerciendo actividad subordinante para con el causante trabajador.

Es así, que a folios 23 y 24 del informativo, reposa otro sí al contrato suscrito por Carlos Augusto Estrada Valencia y BP Exploration Company Colombia Limited, del cual se desprende en el artículo segundo que:

«Durante el periodo de la suspensión del contrato se aplicarán los efectos consagrados en el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo.

2.2. Tales efectos son los siguientes: a) Se interrumpe para EL TRABAJADOR la obligación de prestar en el país sus servicios personales en favor de EL EMPLEADOR; b) se interrumpe para EL EMPLEADOR la obligación de pagarle a EL TRABAJADOR el salario; c) Continúan a cargo de EL EMPLEADOR las obligaciones correspondientes por muerte o por enfermedad de EL TRABAJADOR; por consiguiente se seguirá efectuando la cotización al Sistema de Seguridad Social Integral de conformidad con la ley nacional manteniéndose de esta forma a EL TRABAJADOR en el Régimen de Seguridad Social seleccionado...».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Pese a lo anterior, a folios 588 a 601 de las diligencias, reposa documento denominado «Carta de Asignación», el cual es suscrito por Patricia Hahn, en nombre y representación de BP Colombia, del cual se desprende que:

«Me complace informarle nuestra oferta de Asignación Internacional en Sumbury, Reino Unido. Esta Carta de Asignación (la Carta) estipula los términos y condiciones específicos a esta oferta y a la Asignación misma.

(...)

Su empleo

1. Durante el periodo de su asignación, usted continuara siendo empleado por su Empresa Contratante de acuerdo con los términos de su contrato Subyacente.

2. Lo términos, condiciones y derechos establecidos en esta Carta de Asignación complementan los términos de su Contrato Subyacente, salvo donde se especifique lo contrario.

3. La empresa BP le exige que, durante el curso de su Asignación, cumpla con todos los requerimientos del Asignatario estipulados en el Marco de Movilidad y en las Políticas de Asignación Principal de BP. En caso que algún requerimiento estipulado en el Marco de Movilidad o en las Políticas de Asignación Principal de BP difiera con algún requerimiento establecido en su Contrato Subyacente, prevalecerán los primeros.

4. Es posible que también se le solicite llegar a un acuerdo local con su Empleador Anfitrión que cubra el periodo de su Asignación.

(...)

Su Asignación

9. Durante su Asignación, salvo disposición contraria en la presente Carta, usted se mantendrá cubierto generalmente por los Planes de Remuneración de su Empresa Contratante. Como tal, su Empresa Contratante mantendrá un registro de su Salario bruto en el país de origen y este será revisado anualmente de acuerdo con el proceso de revisión de su país de origen. También conservará el derecho a ser considerado para recibir pagos bajo el Plan de Pago Variable de su país de origen y, con sujeción a que esté permitido bajo todas las reglas del plan apropiadas, a participar de los planes compartidos de su país de origen y demás».

Así mismo, a folios 680 a 710 de las diligencias, reposa documento denominado «**Movilidad Internacional de BP**», «**El Marco de la Política de Movilidad Nacional E Internacional de BP**», del cual en el numeral 6.1. establece que «Los Asignados serán empleados de su Compañía Empleadora a lo largo de su Asignación. En consecuencia, la capacidad de desempeño, los procedimientos disciplinarios y de quejas y los términos y condiciones de empleo y las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

leyes que rigen en su Contrato Subyacente continuaran aplicándose, salvo según lo específicamente modificado por la Carta de Asignación del Asignado» y más adelante dispone que «El periodo de Asignación se tratará como un periodo de empleo continuo con BP para fines legales y contractuales».

Dicho lo precedente, y una vez analizada en su conjunto la prueba arrimada al informativo, encuentra la Sala, que en aplicación del principio de la prevalencia de la realidad sobre las formas, en el sub examine, no operó ciertamente la suspensión del contrato de trabajo, ello por cuanto, si bien así se pactó por las partes mediante la suscripción del otro sí de 12 de abril de 2005, no puede pasarse por alto, que de las cláusulas regulatorias de la Carta de Asignación y aquellas contenidas en el Marco de Política de Movilidad Nacional e Internacional de BP, se desprende la continua dependencia del trabajador para con el empleador BP Energy Company Colombia Ltd, pues, debe resaltarse, que el poder sancionatorio disciplinario, así como los términos y condiciones generales del empleo, se rigieron siempre por lo convenido entre el causante y la compañía BP aquí demandada, así mismo, se le impuso al Asignado la obligación de cumplir con las directrices y requerimientos del Asignatario, ello, sin perder de vista el control que ejercía la sociedad Colombiana respecto a la asignación salarial del citado asignado.

A lo anterior se suma, que no existe en el plenario prueba alguna que atestigüe la vinculación contractual de Carlos Augusto Estrada Valencia para con la sociedad empleadora en Inglaterra, lo que permite dilucidar que lo que en realidad ocurrió, lejos de ser una suspensión por licencia no remunerada, fue el traslado del trabajador a la sede de la compañía que opera en el país del Reino Unido, y es que cabe resaltar, que al referir el artículo 53 del C.S.T., que se suspenden las obligaciones del trabajador para con el empleador, debe entenderse aquella, como la suspensión de la subordinación con la entidad



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

contratante respecto del trabajador, supuesto de hecho que no acaeció en el *sub lite*, pues se itera, la compañía contratante en Colombia, pese a otorgar licencia no remunerada, continuó ejerciendo poder subordinante incluso en las operaciones del empleado en el exterior.

Ahora, y si en gracia de discusión se admitirá la tesis planteada por la demandada, en el entendido de disponer que para la fecha de fallecimiento del causante, el contrato que la ató con aquel se encontraba suspendido, debe precisar esta Corporación, que conforme a las reglas generales, el acto o negocio jurídico es eficaz cuando produce los efectos que le son propios o para el cual fue creado, tanto los jurídicos como los queridos por las partes, y para ello debe concurrir tanto la voluntad de los intervinientes que lo celebraron, como la conformidad con la Ley.

En efecto, la doctrina² ha entendido que unas son las condiciones o presupuestos de existencia y validez de un acto, y otra su oponibilidad o eficacia. En cuanto a su validez resultan relevantes los presupuestos para su existencia, pues un negocio jurídico es inexistente cuando no alcanza a nacer a la vida jurídica por faltarle un presupuesto esencial, como sucedería cuando se vende un inmueble a través de documento privado; un negocio jurídico es válido cuando es celebrado por personas capaces, ausentes de vicios en su consentimiento, que tenga objeto posible y sea lícito y que se cumplan las solemnidades cuando así está previsto por la ley.

Por el contrario, un negocio puede reunir las condiciones de existencia y validez, sin embargo, ser ineficaz o inoponible frente al verdadero titular cuando alguien carece de competencia o de idoneidad para disponer o administrar el bien que no le pertenece. En este caso se dice que quien celebra un negocio jurídico debe estar dotado de legitimación

² Derecho Civil parte general y personas. Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, tomo 1 15 edición, pág. 467



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

negocial para que sea plenamente eficaz, esto es, para que no pueda ser enervado en razón de la inoponibilidad de la persona que se encontraba legitimada negocialmente.

Ahora, en asuntos de estirpe laboral, la perseguida ineficacia no fue olvidada por el legislador y tomo un lugar dentro de las regulaciones sustantivas del trabajo, que permiten concretar los lineamientos para su estructuración dentro de los actos contractuales, como lo anuncia el artículo 43 del citado compendio normativo, que a la letra informa:

«ARTICULO 43. CLAUSULAS INEFICACES. En los contratos de trabajo no producen ningún efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con lo que establezcan la legislación del trabajo, los respectivos fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto; pero a pesar de la ineficacia de esas estipulaciones, todo trabajo ejecutado en virtud de ellas, que constituya por si mismo una actividad lícita, da derecho al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales por el tiempo que haya durado el servicio hasta que esa ineficacia se haya reconocido o declarado judicialmente» (Subrayado fuera de texto).

Por manera que, bajo los términos referidos, innegable resulta concluir que las actuaciones desplegadas en el marco de un vínculo contractual laboral, no pueden los intervinientes obviar o alterar las reglamentaciones propias del CST, debiendo primar siempre aquellas estipulaciones que, en los apremios del artículo 13 de la norma *ejudem*, corresponde a derechos mínimos al indicar *«las disposiciones de este Código contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores. No produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca este mínimo»*. Resaltándose el aparte final de la norma antes citada, pues a pesar de que ciertos *ítems* son incluidos en los documentos de incorporación u otrosí, no por ello toman el lugar de *“ley para las partes”* ante la contrariedad con los derechos que le asisten a todo trabajador.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Atendiendo lo anterior, encuentra esta Sala de Decisión que el acto jurídico aquí debatido, consiste en el otrosí celebrado el 12 de abril de 2005, por medio del cual se suspende el contrato laboral que ató a Carlos Augusto Estrada Valencia con la sociedad BP Exploration Company Colombia Limited, pese a ampararse en la previsión contenida en el artículo 51 del C.S.T., para la suspensión del contrato de trabajo e imponer las consecuencias previstas en el artículo 53 de la norma en comento, desconoció los parámetros propios que instituyen la figura procesal de la que pretendía ampararse, pues como se señaló en precedencia, pese a conceder una licencia no remunerada, a efectos que el trabajador se vinculara a la Organización Internacional de BP en Londres, continuó ejerciendo poder subordinante y figurando como verdadero empleador, sin que de las documentales allegadas se advierta la suscripción de un nuevo vínculo contractual del actor en la empresa adjudicadora; motivo por el cual, viable es constatar que se contravinieron las prescripciones del artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo, y fluye innegable concluir que dicho otro sí es ineficaz y en realidad no existió.

Por lo hasta aquí expuesto, es que, para la Sala, no operó la figura jurídica de la suspensión del contrato de trabajo, por lo que, para todos los efectos, se tendrá que el vínculo que ató a Carlos Augusto Estrada Valencia con BP Energy Company Colombia Ltd, se dio desde el 13 de septiembre de 1995 hasta el 18 de enero de 2013, fecha en que acaeció el deceso del actor, sin que hubiese operado suspensión alguna en dicho interregno.

DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

El artículo 3° de la Ley 1562 de 2012, definió el accidente de trabajo en los siguientes términos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte.

Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o contratante durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo.

Igualmente se considera accidente de trabajo el que se produzca durante el traslado de los trabajadores o contratistas desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador.

También se considerará como accidente de trabajo el ocurrido durante el ejercicio de la función sindical aunque el trabajador se encuentre en permiso sindical siempre que el accidente se produzca en cumplimiento de dicha función.

De igual forma se considera accidente de trabajo el que se produzca por la ejecución de actividades recreativas, deportivas o culturales, cuando se actúe por cuenta o en representación del empleador o de la empresa usuaria cuando se trate de trabajadores de empresas de servicios temporales que se encuentren en misión»

Definición que se acompasa con lo que para el efecto dispuso el literal n) del artículo 1° del Decisión 584 de 2004, en el Instrumento Andino de Seguridad Social y Salud en el Trabajo de la Comunidad Andina de Naciones- CAN, que define el accidente de trabajo como:

«... todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aun fuera del lugar y horas de trabajo...'.»

Atendiendo que los hechos relatados en el libelo datan de 2013, es preciso remitirnos a la definición contenida en el instrumento internacional citado. Así, del mentado concepto se extraen varios elementos que deben configurarse para que se entienda accidente de trabajo, a saber: i) es repentino, ii) debe generar una consecuencia negativa en la integridad física del trabajador (lesión orgánica,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

perturbación funcional, invalidez o muerte) iii) es por causa o con ocasión del trabajo.

En términos de la Corte Constitucional un suceso es repentino cuando «*ocurre de pronto, sin que hubiera sido previsto*». En este evento, el trabajo es el que crea la oportunidad o es el motivo para que ocurra el accidente; sin embargo, el hecho que puede ser la causa exclusiva o concurrente del daño, es irresistible.

Conforme el manual único de calificación de invalidez, el daño corporal, se define como el «*concepto que resulta de la confluencia de dos perspectivas, la médica y la jurídica. Con el nombre de daño corporal se conoce cualquier alteración somática o psíquica que, de una forma u otra, perturbe, amenace o inquiete la salud de quien la sufre, o simplemente, limite o menoscabe la integridad personal del afectado, ya en lo orgánico, ya en lo funcional; para que se configure, es suficiente cualquier merma de la integridad de la biología individual, con independencia de sus repercusiones prácticas en uno o más campos de la actividad humana*».

Así, es claro que, si el siniestro no tiene incidencia en la condición normal de salud de la persona, no hay lugar a entender que se configuró un accidente de trabajo

La definición legal de accidente de trabajo, como ya se dijo, incluye como uno de sus elementos característicos la causalidad al establecer que es accidente de trabajo el que sobrevenga con causa o por ocasión del trabajo. De allí se infiere, que es el trabajo en sí mismo la causa que ocasiona la lesión, perturbación, invalidez o muerte. Esta expresión plantea dos escenarios posibles: a) cuando el accidente ocurre en estricto cumplimiento de las funciones laborales (por causa); y b) cuando a pesar de no ocurrir en las condiciones del punto anterior, el incidente se encuentra relacionado con el trabajo (con ocasión).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Sobre el particular ha dicho la Corte Suprema de Justicia, en su sala de Casación Laboral que:

«La noción de accidente de trabajo no está ligada exclusivamente al hecho mismo del trabajo o al desarrollo de tareas al servicio del empleador, pues abarca otras situaciones, no estrictamente laborales, que tienen relación con la actividad laboral del trabajador, porque, “en los términos normativos actuales, es elemento integrante del accidente laboral el “suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo”. ‘Trabajo’ que debe entenderse en un sentido humano y progresista, con total amplitud y flexibilidad, debido a que no se debe circunscribir exclusivamente a la actividad o tarea laboral desplegada por la persona”. (Sentencia del 29 de agosto de 2005, radicación 23202)

Como lo ha explicado esta Sala, dentro del ejercicio de la relación laboral existen ciertas actuaciones que no están relacionadas con las obligaciones laborales, ni pueden confundirse con las que normalmente desarrolla el trabajador, pero que éste debe adelantar aunque no implican el estricto cumplimiento de sus funciones, ni la ejecución de órdenes del empleador, y pese a ello, guardan una estrecha relación con la prestación del servicio y le son inherentes, de suerte que pueden entenderse vinculadas al trabajo, tienen relación de causalidad con él. Por esa razón, cuando el trabajador sufre un accidente ejecutándolas, debe considerarse que dicho accidente fue por causa del trabajo.

Se trata de actividades o comportamientos que no pueden deslindarse de la ejecución del trabajo, porque, en unos casos, necesariamente deben darse para que se pueda prestar el servicio, como el traslado del trabajador desde y hacia la empresa o el ingreso a ella, y, en otros eventos, corresponden a la atención de necesidades personales o físicas del trabajador. Así ellas se adelanten fuera de la empresa, son constitutivas de un accidente de trabajo, pues no rompen el nexo de causalidad con el trabajo» Sentencia Radicado N° 36922 16 de marzo de 2010.

En el caso de marras, se tiene que la causa de fallecimiento del causante se dio como consecuencia de un ataque terrorista en las instalaciones de In Amenas Gas en Argelia, el cual tuvo lugar el 18 de enero de 2013, mientras señor Estrada Valencia se encontraba ejecutando una asignación de BP Exploration Operating Company Limited

Trasladando el recuento fáctico y probatorio, y en lo que comporta a los elementos del accidente de trabajo, es posible concluir que este cumple las características de este tipo de siniestros pues concurre el hecho generador, el daño y el nexo de causalidad con la labor ejecutada al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

servicio de su empleador, siendo entonces un accidente de trabajo, en los términos de la ley aplicable a dicha data, ante la ocurrencia del presupuesto de «con ocasión» al trabajo.

RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR ANTE LA OMISIÓN DE LA AFILIACIÓN AL SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL.

Ahora, sobre este específico tópic, preciso es aclarar que en el asunto jurisdiccional no se efectúan consideraciones referentes a la culpa patronal y la subjetividad en el daño. Así, se realizará el análisis de los presupuestos para la reparación de los posibles daños, relativa al reconocimiento de los beneficios o prestaciones económicas, que estarían a cargo de las administradoras de riesgos laborales. Al punto, innegable resulta traer a juicio lo enseñado por la H. CSJ en su SL, en sentencias bajo rad. 39446 de 2012, reiterada en la SL 16792 de 2015 y SL 10186 de 2007, así:

«(...) en materia de riesgos profesionales, surgen dos clases de responsabilidad claramente diferenciadas; una de tipo objetivo, derivada de la relación laboral, que obliga a las administradoras de riesgos profesionales a atender y reconocer a favor del trabajador, las prestaciones económicas y asistenciales previstas por el Sistema de Riesgos Profesionales en tales eventos, prestaciones que se generan al momento en que acaece el riesgo profesional amparado, para cuya causación resulta indiferente la conducta adoptada por el empleador, pues se trata de una modalidad de responsabilidad objetiva prevista por el legislador con la finalidad de proteger al trabajador de los riesgos propios a los que se ve expuesto al realizar la actividad laboral.

Tenemos también la responsabilidad civil y ordinaria de perjuicios prevista en el artículo 216 del C.S.T., [subjetiva] ésta sí derivada de la “culpa suficientemente probada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional”, que le impone al empleador la obligación de resarcir de manera plena e integral los perjuicios ocasionados al trabajador como consecuencia de los riesgos profesionales que sufra, siempre que en este último caso medie culpa suya debidamente probada en punto de su ocurrencia»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Determinado lo precedente, en el examine, el demandado aceptó y confesó no haber efectuado cotizaciones al sistema de riesgos laborales del actor a partir de la fecha de suspensión del contrato de trabajo, pues al no existir prestación del servicio, no se genera la obligación de cotizar para dicha contingencia.

Al respecto, sea del caso señalar que el objeto de cotizar al sistema de seguridad social, bien sea salud, pensión o riesgos laborales, es, precisamente, subrogar el riesgo en cabeza del empleador ante la ocurrencia de cualquier contingencia.

En materia de riesgos laborales, específicamente, el inciso segundo del artículo 7° de la Ley 1562 de 2012, establece que *«En el evento en que el empleador y/o contratista se encuentre en mora de efectuar sus aportes al Sistema General de Riesgos Laborales, será responsable de los gastos en que incurra la Entidad Administradora de Riesgos Laborales por causa de las prestaciones asistenciales otorgadas, así como del pago de los aportes en mora con sus respectivos intereses y el pago de las prestaciones económicas a que hubiere lugar»*

Así, memórese que bajo el amparo del sistema de riesgos laborales se garantiza el pago de prestaciones económicas (incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial, pensión de invalidez, pensión de sobrevivientes y auxilio funerario) y asistenciales (que abarcan atención integral del accidente, esto es, promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y readaptación).

Sobre el particular dijo la corte constitucional adoctrinó que:

«La posición de la Corte ha permanecido invariable frente a la omisión del empleador de afiliar a sus trabajadores al Sistema de Riesgos Laborales, al entender que la misma afecta gravemente los derechos de éstos, comprometiendo la responsabilidad directa de aquél, en el sentido de asumir la totalidad de los costos inherentes a la preservación de la seguridad social de los trabajadores afiliados y de los beneficiarios de ellos. Buscando con ello evitar que con ocasión del incumplimiento de las obligaciones por parte del empleador se impida a los trabajadores recibir



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

la atención integral en salud o el reclamo de las prestaciones asistenciales y económicas a las que tienen derecho, con ocasión de un accidente o enfermedad laboral» T-582 de 2013.

En claro lo anterior, y al no mediar cotizaciones por parte del empleador tendientes a cubrir la contingencia derivada de la invalidez o muerte de origen laboral con posterioridad al 1° de septiembre de 2011, y al haberse acreditado la existencia del accidente de trabajo, patente resultaría indicar que el llamado a reconocer la prestación pensional es quien para el momento del siniestro ostentaba la calidad de empleador, esto es BP Energy Company Colombia Ltd, sin embargo, con la modificación que introdujo la Ley 1562 de 2012, quien ostenta el deber legal de reconocer la prestación pensional es la ARL a la cual se encuentra afiliado el trabajador causante, y le corresponde al empleador, asumir en su integridad los gastos en que incurra la Entidad Administradora de Riesgos Laborales por causa de las prestaciones asistenciales otorgadas, así como del pago de los aportes en mora con sus respectivos intereses y el pago de las prestaciones económicas a que hubiere lugar.

Postura que fue acogida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia con radicación interna SL 4772 de 9 de octubre de de 2019, oportunidad en la que la Alta Corporación moduló que:

«En suma, conforme se ha decantado por la jurisprudencia, la omisión del empleador en el pago de las cotizaciones que a cuenta de la relación subordinada se generan, no tiene como consecuencia que el trabajador se vea privado de las prestaciones a las que podría tener derecho ante las contingencias laborales, dado que estas son de cargo del Sistema de Seguridad Social Integral a través de sus administradores, valga decir, de las administradoras de los distintos riesgos en él previstos, ello, lógicamente, si medió previamente la afiliación, de allí la importancia que tiene dicha actuación frente a las entidades de seguridad social, pues, de no existir tal acto por parte del empleador, no surge para las entidades la exigencia de asumir las prestaciones que consagra el sistema, dado que la obligación de recaudo se torna imprevisible para la aseguradora e imposible de gestionar».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Bajo tal orientación, al haber mediado afiliación por parte del empleador al Sistema General de Seguridad Social, pero existir mora en el pago de los aportes que cubren dicha contingencia de riesgos laborales, será la Sociedad Seguros de Vida Suramericana S.A., la llamada a reconocer y pagar la prestación pensional que por esta vía se reclama, ello claro está, una vez la empleadora BP Energy Company Colombia Ltd, sufrague los dineros que por concepto de cotizaciones dejó de depositar y previo cálculo actuarial que con ese propósito expida la dicha ARL.

Dicho pago deberá realizarse a plena satisfacción de la Sociedad Seguros de Vida Suramericana S.A., conforme al cálculo actuarial que esta última genere, en los precisos términos que dispone el artículo 7° de la Ley 1562 de 2012.

DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES

Sobre el particular, importa precisar que respecto a la prestación pensional deprecada en el *libelo* introductor, diferente a las pensiones de vejez e invalidez, el «*afiliado causante*» y el posible beneficiario de la prestación deben cumplir separadamente dos clases de requisitos, a saber, al *de cujus* le correspondía dejar reconocido el derecho a la pensión bien de vejez o invalidez o una densidad de semanas de cotización, y por su parte, los «*beneficiarios*» deben acreditar su cualificación legal, ello es, demostrar mediante prueba idónea su calidad respecto del causante junto con el tiempo de convivencia exigido por la norma regente en tratándose de la cónyuge y/o compañera permanente, o la dependencia económica cuando se refiere a progenitores e hijos discapacitados; aclarando que ambos pedimentos deben concurrir para la causación de la pensión de sobrevivientes.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Es menester precisar que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, ha determinado que es la fecha de fallecimiento del pensionado o afiliado la que fija la norma aplicable al caso bajo estudio, siendo ésta el 18 de enero de 2013, como da cuenta el Registro Civil de Defunción obrante a folio 12, motivo por el cual, le es aplicable el régimen previsto en el artículo 5° de la Ley 1562 de 2012, precepto normativo que estipula:

«INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. *Se entiende por ingreso base para liquidar las prestaciones económicas lo siguiente:*

a) *Para accidentes de trabajo*

El promedio del Ingreso Base de Cotización (IBC) de los seis (6) meses anteriores a la ocurrencia al accidente de trabajo, o fracción de meses, si el tiempo laborado en esa empresa fuese inferior a la base de cotización declarada e inscrita en la Entidad Administradora de Riesgos Laborales a la que se encuentre afiliado».

A su turno., el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, dispone que:

«Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) *En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.*

(...)

c) *Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes ~~y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno;~~ y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, ~~esto es, que no tienen ingresos adicionales,~~ mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993»*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Del anterior contexto normativo se extrae, que en tratándose de pensiones que cubren la contingencia de la muerte, cuando la misma se da como consecuencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, tendrán derecho la misma la cónyuge o compañera permanente y los hijos menores de 18 años o mayores de esa edad, siempre que se encuentren en condición de discapacidad, que dependan económicamente del *de cujus*.

En el *sub lite*, no es tema de discusión que el fallecimiento de Carlos Augusto Estrada Valencia, acaeció como consecuencia de un accidente de trabajo, tampoco es motivo de discusión la condición de cónyuge supérstite que ostenta Claudia Cristina Gaviria Correa respecto del causante, pues tal aspecto se puede acreditar con la documental que reposa a folio 14 del informativo, consistente en Registro Civil de Matrimonio, del que no se desprende anotación alguna que modifique tal condición, supuesto de facto que la hacen beneficiaria de la prestación perseguida.

En torno al derecho de las menores Isabela Estrada Gaviria y Luciana Estrada Gaviria, cabe precisar que la condición de hijas la acreditan con la documental visible a folios 16 a 18 de las diligencias, y en cuanto a la edad, las mismas, al momento del deceso contaban con 11 y 7 años en su respectivo orden, lo que les permite hacerse beneficiarias de la prestación pensional que por esta vía se reclama.

En tal virtud, habrá de revocarse la sentencia apelada, para en su lugar, condenar a la Sociedad Seguros de Vida Suramericana S.A., a reconocer y pagar la prestación pensional que por esta vía se reclama, ello claro está, una vez la empleadora BP Energy Company Colombia Ltd, sufrague los dineros que por concepto de cotizaciones dejó de depositar y previo cálculo actuarial que con ese propósito expida la dicha ARL.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Dicho pago deberá realizarse a plena satisfacción de la Sociedad Seguros de Vida Suramericana S.A., conforme al cálculo actuarial que esta última genere, en los precisos términos que dispone el artículo 7° de la Ley 1562 de 2012.

La prestación aquí reconocida, se deberá cancelar a favor de Claudia Cristina Gaviria Correa, en condición de cónyuge supérstite del causante, en un porcentaje del 50%, y a favor de las menores Isabela Estrada Gaviria y Luciana Estrada Gaviria, en un porcentaje del 25% para cada una, debiéndose precisar, que una vez se extinga el derecho en cabeza de las menores hijas, se incrementará en el 100% de la mesada a favor de Claudia Cristina Gaviria Correa, ello a partir del 18 de enero de 2013.

INTERESES MORATORIOS

Los mismos están consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, norma que estipula *«A partir del 1° de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago»*, empero dicha obligación no opera automáticamente, pues la Administradora pensional cuenta con 2 meses que corren a partir de la solicitud de reconocimiento prestacional para resolver.

En el caso bajo estudio, se tiene que en el plenario no obra prueba de la reclamación que se efectuó frente a la ARL tendiente al reconocimiento de la prestación pensional, pese a ello, de vieja data se ha entendido, que en caso de no mediar reclamación administrativa, los mismos comienzan a correr a partir del momento en que la entidad tuvo conocimiento de la aspiraciones del demandante, lo cual acaece con la notificación del auto admisorio de la demanda, pues a partir de ese momento y no otro, en que la demandada conoce el hecho



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

convocante a juicio y cuenta con la oportunidad de pronunciarse frente a las aspiraciones del *petente*.

En esa medida, como quiera que al auto admisorio de la demanda se notificó el 28 de marzo de 2016, tal como se advierte del acta de notificación vista a folio 283 del informativo, los intereses moratorios se reconocerán a partir del 28 de mayo de 2016.

PRESCRIPCIÓN

Establecido el derecho en cabeza de la demandante y sus menores hijas, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado por la ARL Suramericana S.A., en la contestación de la demanda.

Sea lo primero advertir, que la excepción de prescripción es el fenómeno jurídico mediante el cual, se pierde el derecho por no haber ejercido la acción, en regla general, en el término de tres años contados a partir del momento en que se consolida o se hace exigible el derecho, según lo reglado en el artículo 488 del CST y el art. 151 del Código de Procedimiento Laboral.

Ahora bien, existen eventos en los que el ex trabajador omite reclamar ante su empleador las prerrogativas laborales a que tiene derecho, y es tan sólo con la demanda que pretende poner un alto a las consecuencias jurídicas extintivas previstas en la legislación laboral, evento en el cual, jurisprudencialmente se ha admitido la aplicación del artículo 94 del C.G.P., norma aplicable a los juicios del trabajo por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., ello, para efectos de interrumpir la prescripción.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Sobre el particular, el artículo 94 del Compendio Adjetivo Civil dispone que *«La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado».*

Por su parte, el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL3693 de 2017, abordó el tema de la prescripción y la carga procesal que le corresponde a la parte en torno a notificar el auto admisorio de la demanda dentro del término previsto en el Código Procesal Civil, ello a efectos de interrumpir el fenómeno extintivo; así, la alta Corporación enseñó que:

«... esta sala de la Corte ha precisado que a pesar de que los despachos judiciales son los encargados de adelantar el proceso ordinario laboral de manera eficaz y que, en términos generales, en el interior del mismo todas las actuaciones están sometidas al principio de gratuidad, las partes tienen ciertas cargas procesales que redundan en su propio beneficio, como es el caso de la notificación del auto admisorio de la demanda.

(...)

De suerte que, el beneficio material que para el actor podría constituir la presentación de la demanda, de interrumpir la prescripción, se vio condicionado a que se surtiera respecto del demandado la notificación del auto admisorio dentro de un específico término, de modo que, de no ocurrir ello, dicho beneficio se perdería, prosiguiendo así su decurso normal el término previsto para la prescripción de la acción».

Postura que fuera igualmente acogida en la sentencia con radicación SL 4627 de 2019, oportunidad en la que la alta Corporación enseñó que *«Tal es el caso del trabamamiento de la relación jurídico procesal que se impone como acto procesal necesario a efectos de garantizar el derecho de defensa y de contradicción de quien es convocado forzosamente al proceso y que, en principio, beneficia exclusivamente a quien funge como actor. En ese sentido, ha entendido que el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, el cual dispone que la presentación de la demandada tiene como efecto material, entre otros, la interrupción de la prescripción, es perfectamente aplicable al trámite laboral, de modo que, el beneficio material que*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

para el actor podría constituir la presentación de la demanda, de interrumpir la prescripción, se ve condicionado a que se surta respecto del demandado la notificación del auto admisorio dentro de un específico término, de modo que, de no ocurrir ello, dicho beneficio se perdería, prosiguiendo así su decurso normal el término previsto para la prescripción de la acción»

Así entonces, se tiene que el causante falleció el 18 de abril de 2013, la demanda se radicó en la oficina judicial de reparto el 11 de febrero de 2015,, el auto emisario de la misma se profirió el 19 de marzo de 2015 y la demandada se notificó el 28 de marzo de 2016, aspectos estos, que permiten concluir que el termino trienal extintivo ya había operado respecto de aquellas mesadas pensionales que se causaron con anterioridad al 28 de marzo de 2013, razón por la cual, será a partir de esta última data que se reconocerá la prestación aquí reclamada.

COSTAS. Las de primera instancia estarán a cargo de BP Energy Company Colombia Ltd, En esta instancia no hay lugar a su causación ante la prosperidad del recurso de alzada.

En mérito de lo expuesto, el **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: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 2 de marzo de 2020, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **CLAUDIA CRISTINA GAVIRIA CORREA** contra **LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y LA ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

S.A., para en su lugar, acceder a la pretensión principal y **DECLARAR** que Claudia Cristina Gaviria Correa, en condición de cónyuge supérstite del causante, y las menores Isabela Estrada Gaviria y Luciana Estrada Gaviria, tienen derecho a que **LA SOCIEDAD SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A.**, les reconozca y pague la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de Carlos Arturo Estrada Valencia.

SEGUNDO: DECLARAR parcialmente probado el medio exceptivo de prescripción propuesto por la demandada **SOCIEDAD SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A.**, respecto de aquellas mesadas que se causaron con anterioridad al 28 de marzo de 2013.

TERCERO: CONDENAR a **LA SOCIEDAD SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A.**, a reconocer y pagar la prestación pensional de sobrevivientes a favor de Claudia Cristina Gaviria Correa, en condición de cónyuge supérstite del causante en porcentaje del 50% de la prestación pensión, y las menores Isabela Estrada Gaviria y Luciana Estrada Gaviria, en un porcentaje del 25% para cada una, debiéndose precisar, que una vez se extinga el derecho en cabeza de las menores hijas, se incrementará en el 100% de la mesada a favor de Claudia Cristina Gaviria Correa, a partir del 28 de marzo de 2013, ello claro está, una vez la empleadora **BP ENERGY COMPANY COLOMBIA LTD**, sufrague los dineros que por concepto de cotizaciones dejó de depositar y previo cálculo actuarial que con ese propósito expida la dicha ARL. Dicho pago deberá realizarse a plena satisfacción de la Sociedad Seguros de Vida Suramericana S.A., conforme al cálculo actuarial que esta última genere, en los precisos términos que dispone el artículo 7° de la Ley 1562 de 2012, de conformidad a en lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

CUARTO: CONDENAR a **LA SOCIEDAD SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A.**, a reconocer y pagar a favor de Claudia Cristina Gaviria Correa y las menores Isabela Estrada Gaviria y Luciana Estrada Gaviria, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 28 de mayo de 2016, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda, sin condena alguna en atención a que el proceso se conoció en el grado jurisdiccional de consulta.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Salva Voto

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LUIS ALBERTO BONILLA POVEDA** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y CRISTALERÍA PELDAR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de julio del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Alida Del Pilar Mateus Cifuentes** identificada con cedula de ciudadanía No. 37.627.008 de Puente Nacional -

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Santander y tarjeta profesional 221.228 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Johanna Andrea Sandoval.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **LUIS ALBERTO BONILLA POVEDA** a través de apoderado judicial, persigue se declare beneficiario del régimen de transición reglado en el Decreto 1281 de 1994 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o, subsidiariamente, de los artículos 3 y 4 del Decreto 2090 de 2003; como consecuencia, se condene al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez a partir del cumplimiento de los 46 años, junto con las mesadas ordinarias y adicionales, intereses moratorios e indexación, costas y agencias en derecho (folios 4 y 5).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 5 y 6 de las diligencias, que en síntesis advierten que nació el 8 de julio de 1959 y cotizó al sistema general de pensiones a través de Colpensiones un total de 1530 semanas, las cuales corresponden a actividades de alto riesgo por exposición a altas temperaturas y sustancias comprobadamente cancerígenas, por las actividades desplegadas con el empleador CRISTALERIA PELDAR S.A. del 30 de mayo de 1988 a 31 de agosto de 2018, donde desarrolló las funciones de labores varias, operador equipos varios térmica y plomero en las que tuvo exposición de sílice cristalina, sustancias comprobadamente cancerígenas y altas temperaturas durante turnos de 8 horas. Señala que a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones contaba con 9 de años de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

cotizaciones y, que el 24 de septiembre de 2014 solicitó el reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo, adicionada el 21 de abril de 2015 con los estudios que declararon al patronal como de alto riesgo y la exposición; empero, la misma fue decidida desfavorablemente en Resolución GNR 322052 de 19 de octubre de 2015 aduciendo la falta de cotización adicional de que trata el Decreto 2090 de 2003, agotando así la reclamación administrativa.

CONTESTACIÓN: La llamada a debate **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al anunciar que de la investigación administrativa se encontró la ausencia de presupuestos pensionales. Aunado a que, si bien cuenta con las semanas de cotización el accionante, no ha arribado a la edad de 62 años. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados prescripción, inexistencia del derecho reclamado por falta de los requisitos legales, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, compensación, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno, buena fe y las que resulten probadas en el curso del litigio, folios 319 a 339.

A su turno, la litis consorte necesaria **CRISTALERÍA PELDAR S.A.**, elevó rechazo al escrito de demanda refiriendo que el demandante no desarrolló ninguna actividad de alto riesgo, lo que le impide acceder a la prestación pensional reglada en el Decreto 758 de 1990. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación, carencia de derecho, prescripción, conciliación y cosa juzgada, cobro de lo no debido, compensación, buena fe y, las que se prueben, folios 370 a 387.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 10 de marzo de 2020, resolvió **absolver** a Colpensiones y a la llamada a integrar la litis CRISTALERÍA PELDAR S.A., de la totalidad de pretensiones incoadas por LUIS ALBERTO BONILLA POVEDA y, **condenar** en costas al accionante (CD a folio 569).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que el convocante no es beneficiario del régimen de transición por carecer al 1° de abril de 1994 de 40 años de edad y 750 semanas cotizadas. Agrega que no todas las actividades realizadas dentro de una empresa pueden titularse como de alto riesgo, por lo que es deber del accionante el demostrar que durante toda la vinculación ejecutó tales actividades, lo cual no se acreditó de la prueba testimonial y de las probanzas documentales allegadas, pues el pago de una prima por calor no permite demostrar la alta temperatura, ni se deriva del estudio ambiental de polvos o del realizado por el grupo Guillermo Fergusson, del cual alude la falta de autenticidad por no conocerse la existencia de ese grupo investigador.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte DEMANDANTE interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo como reparos que se presentan los presupuestos para imponer condena a título de pensión especial de vejez por ejercer permanentemente una actividad catalogada como de alto riesgo, al estar expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas como deviene del estudio de ambiente de polvo, realizado por el ISS en la planta Cogua de Cristalería Peldar, así como e estado de polvos, ruidos y temperatura adelantado por el Instituto de Higiene



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Ambiental y salud, el estudio del Grupo Fergusson y el informe de evaluación ambientales de material particulado realizado por Suratec, como ARP contratada por la litis consorte, donde se referenciaba la superación de los límites permisibles. Pruebas con las que se satisface la carga probatoria, en razón a que *«pueden desprenderse razonablemente de las materias primas utilizadas en esa entidad prácticamente, son causa de la alteración del organismo, que los trabajadores de Peldar laboran en un ambiente contaminante por diferentes sustancias químicas, como la cantidad de vapores, humos emanados de materia prima en funcionamiento en los procesos productivos a pesar de la tecnificación que hay en las diferentes áreas de la empresa y, que a su vez, tales materias tienen íntima relación con el cáncer y otros daños de la salud, que todo el personal que labora en esta planta están expuestos a la concentración de polvos sílice y sustancias y partículas de asbesto, que todos los procesos operativos de la planta, todos los procesos operativos de la planta analizan para el polvo total respirable muestran una alta concentración por la diseminación de concentraciones de material particulado volátil, superan los límites permisibles recomendados en este país»*, como fue ratificado por el Congreso de la República. Circunstancia que también se desprende de los testimonios recepcionados y que no fueron tenidos en cuenta por el *A quo*, pues si bien no son técnicos si lograron corroborar que el trabajador prestó sus servicios en las áreas. Reclama se atiendan los precedentes de juzgados y tribunales que desde 1987 reconocen tales prestaciones, máxime cuando la empresa no le regaló el salario, pues si le otorgan una prima de calor es porque estuvieron expuestos a altas temperaturas, más aún cuando *«los estudios que se presentaron delimitan y manifiestan de que si exceden los límites permisibles para estos trabajadores»*.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Parte demandante: Requirió la revocatoria del fallo de primer grado, al aducir que de los estudios incorporados al proceso se demuestra que *«si ha existido una exposición constante real y efectiva en el desempeño de las labores por parte del señor **LUIS ALBERTO BONILLA POVEDA**»* como fueron los cargos de *«LABORES VARIAS- OPERADOR EQUIPOS VARIOS TÉRMICA- PLOMERO- REUBICADO OFICIOS OPERADOR EQUIPOS VARIOS TÉRMICA; donde sus lugares de trabajo fueron en el área de térmica, que como se logró demostrar dentro del proceso, es un área que queda anexa y cerca al área de materias primas»*, no siendo aceptable la oposición del A quo al referir que eran copias simples, en la medida que el Código General del Proceso estableció el mismo valor para aquellas como para los originales, más cuando no fueron tachadas por Cristalería Peldar.

Parte demandada: La convocada **COLPENSIONES** aduce que el accionante no cumple los pedimentos para el reconocimiento de la pensión de vejez por actividades de alto riesgo, en la medida que *«tendrá derecho a la pensión de vejez de alto riesgo, contemplado en el artículo 3º del Decreto 2090 de 2003, siempre y cuando se acredite el mínimo de semanas que se exige en el Sistema General de Pensiones (Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003), y adicionalmente cuente con 700 semanas de cotización especial según lo establece el artículo 3 del Decreto 2090 de 2003»*.

A su turno, el litis consorcio necesario **CRISTALERÍA PELDAR S.A.**, peticiona la confirmación de la decisión absolutoria de primer grado, por considerar que la H. Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en señalar la necesidad de demostrar que el trabajador estuvo realmente expuesto por virtud de las tareas u oficios desempeñados, en la medida que *«no basta con afirmar o demostrar la prestación de los servicios en una empresa clasificada como de alto riesgo o que opere sustancias cancerígenas, sino que es necesario que se pruebe que el trabajador estuvo expuesto de forma directa y permanente a dichas sustancias y que se descarta toda mera exposición o exposición indirecta al riesgo»*. Lo que, en su sentir, no se consumó con las probanzas integradas por incumplimiento a lo dispuesto por los artículos 167 y 244 del CGP.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de la Resolución GNR 322052 de 19 de octubre de 2015, folios 56 a 59.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y excepciones elevadas por Colpensiones y Cristalería Peldar, las manifestaciones esbozadas por el Juzgado de primera instancia y el recurso de alzada propuesto por la parte demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si Luis Alberto Bonilla Poveda es beneficiario de la pensión especial de vejez por ejercer actividades de alto riesgo y, concretado ello, corroborar la procedencia en fulminar condena a título de retroactivo pensional, intereses moratorios e indexación.

PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ – ALTO RIESGO

Con miras a resolver el *sub judice* dilucidado en líneas precedentes, procede esta Sala de Decisión analizar las pruebas a que se contrae el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

expediente a la luz de lo regulado por el art. 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia del documento de identificación (fls.53), copia de Resolución GNR 322052 de 19 de octubre de 2015 (fls.56 a 59), copia de historia ocupacional (fls.60 a 62), certificación expedida por Seguros Bolívar ARL y Peldar S.A. (fls.63 a 65), misivas radicadas en Colpensiones (fls.66), comprobantes de nómina (fls.67 a 156), documentos nominados Estudio Ambiental de Polvo; Estudio de Polvos; Estudio de Polvo, Ruido y Temperatura; Informe de Evaluaciones Ambientales de Material Particulado emitido por SURATEP; Materia Prima Utilizada en Peldar y su Relación con la Salud Obrera en General y el Cáncer en Particular; Monografías IARC sobre la evaluación de los riesgos carcinogénicos para los humanos (fls.157 a 258, 290 a 313), copia de dictámenes de pérdida de capacidad laboral (fls.259 a 277), comité paritario de salud ocupacional (fls.278 a 280), oficio del 1° de febrero de 2008 suscrito por SITRAVIDRICOL y del 28 de febrero de 2008 (fls.283 a 289), expediente administrativo y laboral obrante en las demandadas (fls.345, 388 a 442), testimonios recepcionados a José Garzón, Héctor García, Julián Montañez y Edwin Cano (medio magnetofónico a fl.501) y reporte de semanas cotizadas en Colpensiones (fls.522 a 543, 550 a 561); probanzas de las cuales se colige, que LUIS ALBERTO BONILLA POVEDA nació el 8 de julio de 1959 (fl.51), contando al 1° de abril de 1994 – fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993- con 34 años; que el demandante cotizó al régimen de prima media con prestación definida por el lapso del 15 de enero de 1985 hasta, por lo menos, el 31 de diciembre de 2019 un total de 1.616,86 semanas, folios 550 a 561; así mismo se encuentra demostrado que BONILLA POVEDA laboró a órdenes de Cristalería Peldar S.A. mediante un contrato de trabajo, en los oficios de Labores Varias, Operador Equipos Varios Térmica y Plomero del 5 de julio de 1988 a 31 de agosto de 2018 (fl. 65, 395 a 397); supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes procesales,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

en esta segunda instancia, razón por la cual procede la Sala a atender los problemas jurídicos relatados.

I. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO

La pensión petitionada en el *libelo incoatorio* busca el reconocimiento de una prestación especial de vejez por ejercer LUIS ALBERTO BONILLA POVEDA actividades de alto riesgo en el despliegue personal de sus servicios y, conforme la alzada, por la exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.

Para resolver el *sub judice*, esta Colegiatura considera necesario establecer en primer término, los regímenes legales anteriores, recordando que en tratándose de las pensiones especiales de vejez por alto riesgo para los afiliados al régimen de prima media con prestación definida, fueron establecidos en una primera oportunidad por el art. 15 del Acuerdo 049 de 1990, al indicar que la edad de pensión de vejez, sería disminuida para los trabajadores que laboraran expuestos a sustancias comprobadamente cancerígenas según el literal d) del artículo en mención.

Con posterioridad a esta norma y, en sustento del numeral 2° del artículo 139 de la Ley 100 de 1993, en especial el Decreto 1266 de 1994 que concedió las facultades extraordinarias al Presidente de la República, se profirió el Decreto 1281 de 1994 que determinó en su artículo 1° cuales serían las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador, entre ellas, nuevamente, los trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.

Ahora, con posterioridad y de igual manera, bajo el uso de las facultades extraordinarias conferidas por el legislador en la Ley 797 de 2003, se profirió el Decreto 2090 de 2003 mediante el cual se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

establecieron nuevas pautas para el estudio de la pensión especial de vejez y que se encuentra vigente, indicando en su artículo 6° las condiciones para ser beneficiario del régimen de transición, que lo sería el Acuerdo 049 de 1990 dada la derogatoria expresa del Decreto 1281 de 1994 en el artículo 11 del Decreto 2090², transición prevista así «Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos **500 semanas de cotización especial**, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo. PARÁGRAFO. Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003» (Resalta de la Sala).

Así, con el objetivo de establecer si el accionante es beneficiario de la transición y concretar la densidad de semanas especiales, sea preciso corroborar *liminarmente* si en el ejercicio de las actividades laborales se vio inmerso en las prescripciones de la norma, a saber, estar expuesto a sustancias cancerígenas.

Labor relacionada que surge como motivo fundamental de disidencia por la parte demandante, en tanto considera que en el *examine* brotan debidamente probadas las actividades desplegadas por el señor BONILLA POVEDA y que las mismas configuraran el presupuesto de la norma relatada, así como la clara afectación en su salud.

Así las cosas, para determinar la exposición de alto riesgo en las labores desempeñadas por el demandante como trabajador de la empresa Cristalería Peldar S.A., se procede al estudio del material probatorio recaudado en el expediente y analizado en líneas antepuestas, donde

² **Artículo 11. Vigencia y derogatorias.** El presente decreto regirá a partir de su publicación y deroga todas las normas que le sean contrarias, en particular, el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, los Decretos 1281, 1835, 1837 y el artículo 5° del Decreto 691 de 1994, el Decreto 1388 y el artículo 117 del Decreto 2150 de 1995 y el Decreto 1548 de 1998.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

se colige que el demandante prestó sus servicios humanos a órdenes de la citada empresa en la planta de Cogua – Cundinamarca, y ejecutando las funciones discriminadas en la historia ocupacional expedida el 1° de noviembre de 2018³, correspondientes a:

«1. Labores Varias:

Del 05-07-1988 al 28-02-1990

*Responsable por la ejecución de trabajos sencillos como ayudante de otros o de tareas específicas de aseo, limpieza, movimiento de materiales. Como su nombre lo indica, **ejecuta labores varias que deben realizarse en cualquiera de las dependencias de la planta**; es un colaborador y ayudante de otras personas en toda clase de trabajos que le sean asignados.*

Con qué lo realizó: Con las manos, escobas, traperos, papel, movimiento de cajas, etc.

Sitio donde se realizaba la labor: En el área de Térmica (...)

2. Operador Equipos Varios Térmica:

Del 01-03-1990 al 16-06-1995

Responsable por la operación de equipos conjuntos de plantas térmicas o casa de fuerza tales como los destinados al suministro de carbón para calderas, válvulas de vapor, compuertas de aire o gases de calderas, controles, equipos generadores y equipos complementarios.

El trabajo incluye la responsabilidad de efectuar labores necesarias para asegurar un correcto funcionamiento de los equipos descritos y por consiguiente, el normal suministro de aire, vapor y energía, para lo cual debe realizar lecturas, revisiones, registros, etc., del equipo e instrumentos de control de presiones, temperaturas, niveles, frecuencias volúmenes, etc.

Con que lo realizó: Con las manos, instrumentos de control tales como manómetros, planillas etc.

Sitio donde se realizaba la labor: En el área de Planta Térmica.

Materiales y Máquinas en ese lugar: Calderas, Instrumentos para control de presiones, aire, vapor etc.

3. Plomero:

Del 17-06-1995 al 23-09-2008

Responsable por la instalación, reparación, conservación, modificación o mantenimiento de tanques, recipientes, aparatos sanitarios, toda clase de equipos y accesorios de fluido y toda clase de líneas de conducción o

³ Folio 60 a 62, 395 a 397.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

distribución de líquidos, gases etc., en tuberías de acero, láminas, fundición, cobre u otros materiales.

Con qué lo realizó: Con las manos, llaves, tuberías, pegantes y accesorios indispensables para el desarrollo de esta función.

Sitio donde se realiza la labor: **En todas las áreas de la planta.**

Materiales y Máquinas en ese lugar: Tuberías de acero, galvanizadas, de plástico, llaves, y herramientas necesarias para esta labor.

4. Reubicado Oficios – Operador Equipos Varios Térmica

Del 24-09-2009 hasta el 31-08-2018

Responsable por la operación de equipos conjuntos de plantas térmicas o casa de fuerza tales como los destinados al suministro de carbón para calderas, válvulas de vapor, compuertas de aire o gases de calderas, controles, equipos generadores y equipos complementarios.

El trabajo incluye la responsabilidad de efectuar labores necesarias para asegurar un correcto funcionamiento de los equipos descritos y por consiguiente, el normal suministro de aire, vapor y energía, para lo cual debe realizar lecturas, revisiones, registros, etc., del equipo e instrumentos de control de presiones, temperaturas, niveles, frecuencias volúmenes, etc. Labor que realizaba sin exposición al calor durante el turno de 8.0 horas.

Con que lo realizó: Con las manos, instrumentos de control tales como manómetros, planillas etc.

Sitio donde se realizaba la labor: En el área de Planta Térmica.

(...)

Para todos los cargos relacionado, la jornada laboral es de 8 horas diarias, con descansos rotativos cada semana y con cambios de turno cada quince (15) días, hasta febrero de 2002 y en adelante, cada 8 días.

La actividad económica de la Empresa es la fabricación de artículos de vidrio.

(...)» (resalta fuera de texto)

Ahora, para comprender las condiciones específicas en las cuales el demandante desempeñó las labores contratadas por Cristalería Peldar S.A. menester resulta acudir a los diversos análisis realizados sobre la empresa y las condiciones de salubridad de sus trabajadores, así:

El estudio adelantado por el Grupo Guillermo Fergusson con apoyo del Sindicato SINTRAVIDRICOL en la empresa demandada, entre **septiembre de 1991 a abril de 1992** titulado “MATERIA PRIMA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

UTILIZADA EN PELDAR Y SU RELACION CON LA SALUD OBRERA EN GENERAL Y EL CANCER EN PARTICULAR”, folios 246 a 258, el cual no fue tachado ni reargüido de falso por la parte pasiva ni tal extremo adelantó alguna actividad tendiente a desvirtuarlo, y que determinó:

«(...) sobresalen los riesgos ocasionados por el empleo de materias primas altamente peligrosas, en un ambiente laboral que no ha sido diseñado para limitar la exposición de los trabajadores a dichas sustancias en los diferentes momentos de su procesamiento»

Estudio de polvos realizado por la demandada en el año 1988 y 1994 a través del Instituto de Higiene, Ambiente y Salud Ltda., Salud Ocupacional⁴, determinó:

“OBSERVACIONES

5.3 Para el polvo de Casco de vidrio se encontró un valor de **sílice libre de 31%** lo cual nos indica que la sílice se concentra aún más y que **el grado de riesgo es mayor en las labores** que tienen que ver directa, entre con la molienda del vidrio o con las operaciones **de manipulación del vidrio terminado o subproductos o reciclaje**. Le sigue **en concentración de sílice libre el colector de polvos y arenas comunes con un contenido del 29.4%**.

5.5 Las concentraciones promedio halladas de polvo total respirable en todos los casos muestreados superan el valor de 0.1 mc/m³ definido por la norma para polvos silecios con contenidos del más de 2.0% de sílice libre. En 14 de las 39 muestras analizadas la concentración de polvos supera los 10.0gm/m³ como puede verse en la tabla No. 4.

(...)

5.16 En recepción materias primas vidrio plano. (Muestra No. 9) se descargan los materiales de igual manera desde vehículos a granel. **La contaminación por polvos es general en todo el ambiente.** Adicionalmente, se descargan al exterior, mediante un ducto los polvos provenientes de la extracción de una tolva cuyo sistema de extracción tiene el filtro en malas condiciones de funcionamiento y no se le ha hecho mantenimiento correctivo.

(...)

6.5 **Las operaciones de aseo de bandas, áreas comunes y el pesaje de sustancias primas mayores y menores utilizadas en el proceso de fabricación del vidrio exponen a los ayudantes y a los aperadores a un alto riesgos de contraer enfermedades de tipo profesional.**

⁴ Folio 162 a 193.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

6.6 El sistema de barrido con escoba y colección de polvos con pala es antifuncional y debe cambiarse por otro seguro.

6.8 Los sitios donde se descargan materias primas tanto de envases como de vidrio plano son lugares de alta concentración de polvos, que exponen a la contaminación a los funcionarios que colaboran con el descargue y a los trabajadores que obligatoriamente deben transitar por dichas áreas.

RECOMENDACIONES:

7.7. Debe darse a conocer a los trabajadores los resultados de las presentes evaluaciones ambientales, explicándoles los peligros a que están sometidos, debido a que la concentración de polvos silíceos en el aire que respiran superan los valores límites permisibles» (subraya y negrilla de la Sala)

El informe de evaluaciones ambientales de material particulado efectuado a la empresa Cristalería Peldar S.A. por la A.R.P. SURATEP en diciembre de 1996, en los apartes de interés relacionados con el lugar de trabajo de actor (fl.209 a 245), concluyó:

«5.1.3 OPERARIO DE LABORES VARIAS: Este es uno de los oficios en los cuales el trabajador se encuentra más expuesto a material particulado y uno en los que se detectó que el trabajador menos utiliza equipos de protección.

(...)

6.6 PLANTA TERMICA:

La contaminación del área depende en gran parte de las características del carbón que se utilice.

6.6.1 OPERADOR DE EQUIPO: para disminuir la cantidad de material particulado que se produce en la sección, se humedece con agua el carbón, sin embargo por la manera en que se utiliza el agua no se alcanza a controlar totalmente el material particulado.

Esta sección también se ve afectada por la caída de ceniza por un hueco existente en el elevador.

6.6.2 OPERADOR DE CENIZA: En esta sección se limpian los pisos con aire comprimido, lo que incrementa la contaminación por dispersión.

6.6.2 OPERADOR DE EQUIPOS VARIOS: La principal contaminación de la sección se produce cuando se revuelve el carbón...

7. CONCLUSIONES:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

(...)

- ***En la Planta Térmica los mayores índices de riesgo se presentaron en el operador de ceniza y el operador de equipo, debido principalmente a la calidad del carbón que se utiliza y al deficiente grado de humidificación que ofrece el método utilizado en el puesto de trabajo del operador equipo.***

(...)» (Resalta de la Sala)

Circunstancia que se atesta aún más del recaudo testimonial, pues contrario a lo considerado por la Juez de primer grado, los deponentes José Vicente Garzón Pinzón, Héctor Julio García Ramírez, Julián Horacio Montañez y Edwin Alejandro Cano Parra (CD Audio fl. 501), en especial los dos últimos como empleados actuales de Cristalería Peldar, fueron constantes en determinar que en las labores de plomería desplegada por el demandante, se ejecutó su desarrollo en todas las instalaciones de la planta como materias primas, arena y las catalogadas con mayor riesgo por CANO PARRA, a saber, las áreas de horno y formación, donde debía corregir las fallas en las vías de suministro de agua y aire. Así mismo reseñan que en el cargo de operario de maquina en Planta Térmica, el actor manejaba la caldera con la disposición de controlar la presión, la combustión a base de carbón, el retiro de las cenizas mediante soplo estando en operatividad la caldera.

De suerte que, de las pruebas recaudadas se encuentra claro que parte de las materias primas usadas en la empresa Cristalería Peldar S.A., es el asbesto y el sílice, los cuales a través del polvo que se expande puede generar en los trabajadores enfermedades cancerígenas, acorde con los experticios científicos que obran en el expediente y que la parte demandada no los desconoció ni los tacho de falsos, ni los señaló por error grave.

De manera que, al desarrollar el trabajador funciones que deben desplegarse en el interior de toda la compañía, incluyendo los puntos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

neurálgicos de la operación como el área de materias primas, planta de arena, horno y formación, tal como se constata, además, de la historia ocupacional visible a folio 60 a 62 del plenario; es dable concluir que el demandante en la prestación de sus servicios a la empresa Cristalería Peldar se expuso a un ambiente contaminado por asbesto y sílice; circunstancia que se ratifica con la actual debate social y legislativo sobre el uso de tales componentes, al punto que se encuentra aprobada la Ley Ana Cecilia Niño, que prohíbe el uso nacional del asbesto por la clara afectación de los habitantes en las cercanías y, no solo, para los que tiene contacto directo y prolongado al mismo, como lo reclama CRISTALERIA PELDAR S.A.

Así, los tiempos en actividades de alto riesgo antes referidos atañen a todo el tiempo laborado por el señor BONILLA POVEDA en cargos de exposición a sustancias cancerígenas, ello es, del 5 de julio de 1988 a 31 de agosto de 2018, que conciernen a **1.551 semanas**.

De suerte que, el supuesto jurídico de que trata el artículo 6° del Decreto 2090 de 2003 referente a las 500 semanas de cotización especial para el 26 de julio de 2003 – fecha de entrada en vigencia del Decreto *ejusdem* - se encuentra acaecido en el presente asunto, pues el demandante contaba con 775 semanas catalogadas como especiales; empero, lo mismo no acontece con los postulados para catalogarlo beneficiario del régimen de transición y dar traslado al Acuerdo 049 de 1990, pues al 1° de abril de 1994 demostraba únicamente 34 años (folio 53), y logró tener únicamente 373,29 semanas para el mismo estadio temporal, que conciernen a 7 años, 2 meses y 5 días (fl.550), sin importar si aquellas fueren especiales o no, en la medida que el párrafo único del artículo 6° no señala que los 15 años de servicios establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debieran efectuarse con el porcentaje adicional para los trabajadores de alto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

riesgo, muy por el contrario, indicó que «en adición a los requisitos especiales».

De manera que, viable es trasladarse al artículo 2° del Decreto 2090 de 2003 que prescribió:

«Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:

1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos.
2. Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud de salud ocupacional.
3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes.
- 4. Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.**
5. En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de conformidad con las normas vigentes» (resalta de esta instancia)

Ahora, los artículos 3° y 4° de la norma *ejusdem* señalan como pedimentos para acceder a la prestación pensional especial:

*«ARTÍCULO 3o. PENSIONES ESPECIALES DE VEJEZ. Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda **y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.***

ARTÍCULO 4o. CONDICIONES Y REQUISITOS PARA TENER DERECHO A LA PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ. La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos:

1. Haber cumplido 55 años de edad.
2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

La edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años» (resalta fuera de texto)

Al punto, la labor relacionada en el numeral cuarto (4º) se encuentra corroborada en el *sub judice*, como se detalló en líneas anteriores. Así las cosas, cumplido el requisito esencial para el otorgamiento pensional, esta Colegiatura desciende a corroborar si el demandante cumple con los lineamientos de las disposiciones ya referidas, así:

1.) Semanas especiales de cotización – Artículo 3º

De cara a lo anterior, en el *sub judice* únicamente se cuenta con la diáfana evidencia del tiempo en labores especiales por el patronal llamado a debate judicial, en tanto que, referente a los restantes relacionados en el reporte de semanas cotizadas nada se dice.

Razón por la cual, atendiendo el precedente relato de calendas laboradas por el actor en la empresa encartada, así como el reporte de semanas cotizadas a folios 550 a 561, se constata del conteo correspondiente como cuenta con 1.551 semanas especiales, superando el pedimento normativo bajo estudio.

2.) Edad – Numeral 1º del Artículo 4º

Respecto al primer requerimiento normativo, se colige de lo indicado a folio 53, que el demandante cumplió los 55 años de edad el 8 de julio de 2014, por haber nacido el mismo día y mes del año 1959. Misma que, pendiendo las resultas de la totalidad de aportes, podrá ser disminuida.

3.) Semanas de Cotización – Numeral 2º del Artículo 4º



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En lo que respecta a las semanas de cotización de que trata el art. 9 de la Ley 797 de 2003⁵, en primera medida suma indicar que la norma en cita no señala que estos aportes deban ser realizados por el afiliado como especiales, es decir, no establece que la totalidad de semanas se hubiesen efectuado mientras laboraba en actividades de alto riesgo y en el porcentaje requerido, pues este pedimento es únicamente para las 700 semanas de que trata el art. 3 del Decreto 2090 de 2003, como requisito indispensable para la apertura del estudio de pensión especial de vejez por alto riesgo.

Así, se evidencia que el actor cotizó al Seguro Social por el lapso del 15 de enero de 1985 a, por lo menos, 31 de diciembre de 2019 un total de 1.616,86 semanas, y como quiera que el bajo las previsiones de la Ley 797 de 2003 las semanas a acreditar corresponden a 1.300, se cumple a cabalidad con la norma *ejusdem*.

Ahora, en lo que concierne a la disminución de la edad, recuérdese que el inciso 3° del artículo 4° del Decreto 2090 de 2003 obliga demostrar, para ser acreedor de este derecho, «**cotización especial**, *adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones*». De cara a lo anterior, al contar con 1.551 semanas de aporte especial y ser necesario demostrar una densidad en 1300 semanas, dimana indudable que cuenta con 251 semanas de aportes especiales adicionales para descontar la edad, resultando viable reducir en 4 años para entonces conceder el derecho a partir de tal estadio temporal, que correspondería al 8 de julio de 2010.

⁵ "ARTÍCULO 9o. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:
(...) 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.
A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015. (Subraya de la Sala)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En lo que respecta al ingreso base de liquidación y cuantía pensional, la pasiva habrá de atenerse a los lineamientos del Decreto *ejusdem* en su artículo 7º, al impetrar «*En lo no previsto para las pensiones especiales por el presente decreto, se aplican las normas generales contenidas en la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003 y sus decretos reglamentarios*». Trasladándose a las preceptivas del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, se determina que para calcular el salario base de liquidación de la pensión debe tomarse el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuera inferior, siempre que haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

Bajo los anteriores derroteros, se tiene que el actor es beneficiario de las dos formas liquidatorias de la pensión, al lograr aportar durante toda su vida la suma de 1.616,86 semanas, siendo viable efectuar y escoger por favorabilidad el porcentaje que le sea más benéfico, así como una tasa de reemplazo calculada al tenor del artículo 10 de la Ley 797 de 2003.

FECHA DE CAUSACIÓN

En claro lo anterior, procede esta instancia a establecer la fecha de causación o disfrute de la pensión especial de vejez, para lo cual, sea lo primero indicar, que esta prestación debe ser otorgada por la entidad administradora de pensiones o por el funcionario judicial, de ser el caso, en el mismo momento en que el afiliado cumple con los requisitos mínimos señalados en la norma pensional, para el *examine* a partir del 8 de julio de 2010 como fecha de cumplimiento de los 51 años, previa su solicitud, lo cual se denomina como fecha de causación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Ahora, la anterior institución jurídico – pensional puede ser modificada en su calenda si el afiliado a mutuo propio desea seguir cotizando con el fin de incrementar la tasa de reemplazo o la cuantía pensional, a razón de establecer un mejor porcentaje de cotizaciones y por ende un mejor ingreso base de cotización, supuesto que no debe ser negado por la entidades administradoras, pues es la voluntad del afiliado la que se denota desplegada con el propósito de adquirir dicho fin, y que se entiende ejecutada hasta que se presente retiro en el sistema, apreciación que ha sido denominada por la legislación como fecha de disfrute, según los lineamientos del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, correspondiente al Acuerdo 049 de 1990, así:

«Art. 13.- CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ. *La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su **desafiliación** al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.»*

(...)

ARTÍCULO 35. FORMA DE PAGO DE LAS PENSIONES POR INVALIDEZ Y VEJEZ. *Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión El Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de la supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona» (Resalta de la Sala)*

Dichos parámetros normativos permiten recalcar la diferenciación presentada entre la causación del derecho a la pensión y la fecha del disfrute. En efecto, la causación ocurre desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de la pensión, tales como la edad y cotizaciones, dependiendo del régimen pensional aplicable. Mientras que, el disfrute de la pensión exige la desafiliación al régimen pensional.

Aspecto que por demás ha sido interpretado por la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia en diversos pronunciamientos, entre



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

otras, la sentencia rad. 38776 de 2011 y sentencia Rad. 41754 de 2012, indicando de manera constante y clara, que si el afiliado aún se encuentra cotizando es porque su querer va encaminado en acrecentar su mesada pensional y obtener una tasa de reemplazo superior y, será entonces, hasta que se retire del sistema o deje de efectuar cotizaciones a la entidad administradora de pensiones, que su querer se entienda transformado en la búsqueda del reconocimiento de la pensión.

En claro lo anterior, advierte esta Colegiatura del reporte de semanas cotizadas en pensiones obrante a folios 550 a 561, que el demandante en la actualidad se encuentra aportando al subsistema de seguridad social en pensiones, en tanto ello emana de la actualización del reporte de semanas, la fecha de último ciclo y la orfandad de novedad de retiro. Deriva de lo precedente, que al tenor de lo dispuesto por el artículo 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, el accionante no reúne las condiciones normativas de desafiliación o retiro del servicio o del régimen, para entonces, proceder a determinar la data de disfrute de la prestación pensional y el consecuente pago de la mesada, máxime, cuando se evidencia un IBC superior al salario mínimo mensual legal, para las últimas anualidades.

Enunciado lo anterior y al no resultar viable desplegar el cálculo de la mesada al estar pendiente el retiro del sistema, la Sala impartirá orden en el sentido de señalar que la pensión de vejez especial se pagará a partir del día siguiente de retiro del sistema general de seguridad social en pensiones por parte del señor BONILLA POVEDA. A su turno, COLPENSIONES deberá liquidar la prestación teniendo en cuenta para ello lo establecido por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, en especial, que el ingreso base de liquidación se calculará por los ingresos o rentas respecto de las cuales cotizó el accionante durante los 10 últimos años anteriores al reconocimiento pensional o toda la vida, si resulta ser superior, como se advirtió de manera precedente.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Monto que, de ser igual o inferior a 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes, dará lugar a conceder la pensión por 14 mesadas al año al tenor del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y, como quiera que bajo las prerrogativas del párrafo transitorio 6° del Acto Legislativo 01 de 2005, el derecho pensional se causó desde el año 2010.

Aunado a lo anterior, debe señalarse que las cotizaciones efectuadas hasta la data de retiro deberán ser contabilizadas tal como lo ordena el art. 13, 17 y 33 de la Ley 100 de 1993, al señalar que es necesario tener en cuenta para efectos de liquidación todas las semanas efectivamente aportadas.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN E INTERESES MORATORIOS

Establecido el derecho en cabeza del demandante, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado en debida forma por la pasiva al contestar el introductorio (folio 330).

Precisa la Sala que frente a los conflictos de que conoce la jurisdicción ordinaria laboral, el artículo 151 del Estatuto Adjetivo Laboral y el art. 488 del CST disponen que las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en tres (3) años, y que el simple reclamo escrito que realice el trabajador recibido por el patrono, o en el evento de la seguridad social la reclamación escrita que eleve el interesado ante la entidad.

En el asunto de la referencia, se corrobora que al ordenarse el reconocimiento pensional hasta la calenda de retiro definitivo del sistema, supuesto que aún no ha acaecido, evidente emana la inexistencia de mesadas pensionales que puedan afectarse por el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

fenómeno del trienio prescriptivo, razón por la cual se confirma la sentencia sobre este puntual aspecto.

Circunstancia que igualmente cobija la solicitud de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en la medida que no es viable relatar pago tardío de aquello que aun no se genera. No obstante, si a la fecha de reconocimiento se presenta retroactivo pensional, el mismo habrá de cancelarse debidamente indexado como se petitionó en el *libelo introductorio*.

Ahora, si bien se vinculó como litis consorte al dador de laborío CRISTALERIA PELDAR S.A., lo cierto es que frente a este no existe *petitum* declarativo o condenatorio, lo que impide emitir pronunciamiento alguno en su contra, sumado a la imposibilidad impuesta por el artículo 50 del Estatuto Adjetivo Laboral.

COSTAS.

Se revoca la condena que sobre costas impuso el *A quo*, para que en su lugar lo estén a cargo de Colpensiones dadas las resultas de la alzada, tásense en primera instancia. En esta segunda instancia sin costas dado el resultado de la alzada.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública celebrada el 10 de marzo de 2020 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a reconocer y pagar la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo a **LUIS ALBERTO BONILLA POVEDA**, identificado con C.C. 11.338.788 de Zipaquirá, a partir del día siguiente al retiro del subsistema general de seguridad social en pensiones, momento en el cual, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** liquidará la prestación teniendo en cuenta para ello todas las semanas cotizadas hasta la data de retiro, al tenor de lo establecido por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicando una tasa de reemplazo calculada conforme el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, monto resultante que de ser igual o inferior a 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes dará lugar a catorce mesadas pensionales al año, en los términos expuestos en la parte considerativa.

SEGUNDO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a reconocer debidamente indexadas las sumas que se generen, de presentarse mesadas debidas entre la fecha de retiro efectivo del sistema de seguridad social en pensiones y el acto administrativo de reconocimiento, conforme lo advertido en la parte motiva.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CUARTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones en su contra.

QUINTO: COSTAS: Se revoca la condena que sobre costas impuso el *A quo*, para que en su lugar lo estén a cargo de Colpensiones dadas las resultas de la alzada, tásense en primera instancia. En esta segunda instancia sin costas dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JOSÉ IGNACIO MORENO AVILA** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de julio del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Mediante memorial trasladado electrónicamente por la profesional del derecho de la convocada a juicio ETB S.A. ESP, Dra. MARTHA CRISTINA GONZALEZ PEÑA, se anuncia la renuncia al poder conferido

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

aludiendo que la relación laboral feneció el 15 de julio de 2020, sin el pago de honorarios.

Analizando el mismo, se encuentra la falta de incorporación de la comunicación dirigida al poderdante bajo los apremios del inciso 4°, artículo 76 del Estatuto Adjetivo Civil, lo que impidiera dar aval a tal reclamo, de no ser porque se allegó al diligenciamiento correo electrónico donde se advierte la concesión de poder al Dr. Néstor Giovanni Torres Bustamante para que actúe en esa calidad a favor de la ETB S.A. ESP (página 13 del archivo nominado Escritura Pública), lo que, a voces de la norma *ejusdem* consiente la renuncia y el reconocimiento adjetivo al nuevo designado.

De manera que, bajo esos postulados, se **acepta la renuncia** presentada por la Dra. MARTHA CRISTINA GONZALEZ PEÑA y se reconoce personería adjetiva a **Néstor Giovanni Torres Bustamante** identificado con cedula de ciudadanía No. 11.431.461 de Bogotá y tarjeta profesional 56.196 del C.S. de la J.

Ahora, conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Karen Julieth Nieto Torres** identificada con cedula de ciudadanía No. 1.023.932.298 de Bogotá y tarjeta profesional 280.121 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Danna Vanessa Yusselmy Navarro Rosas.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **JOSÉ IGNACIO MORENO AVILA** a través de apoderado judicial, persigue se reconozca y pague la reliquidación de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la mesada pensional con los valores cotizados durante toda su vida laboral, junto con el retroactivo pensional, intereses moratorios e indexación. Así mismo reclama el pago del incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, a partir del 16 de mayo de 2000 y en adelante mientras subsistan las causas que le dieron origen, por catorce mensualidades y debidamente indexados, costas y agencias en derecho (folios 4 y 5).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 a 4 de las diligencias, que en síntesis advierten que laboró a órdenes de la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá por el interregno del 1° de enero de 1967 al 30 de septiembre de 2001, realizando aportes para pensión al otrora Instituto de Seguros Sociales, donde logró una densidad de cotizaciones superior a 1250 semanas. Reseña que mediante la Resolución No. 003624 de 8 de febrero de 2011, la pasiva dio cumplimiento al fallo judicial que reconoció pensión de vejez, pero, ante la ausencia de pronunciamiento referente a los ciclos a computar para la liquidación de la mensualidad, la demandada estableció una tasa de reemplazo equivalente al 90% pero sin gestar un análisis de favorabilidad con los aportes de toda la vida, así como omitió otorgar el incremento pensional por su cónyuge CARMEN ROSA RIVERA LEON, quien depende en un todo de José Ignacio Moreno. Resalta que el 10 de noviembre de 2016 solicitó a Colpensiones las pretensiones aquí elevadas, mismas que fueron decididas desfavorablemente por la pasiva en Acto Administrativo GNR 350024 de 23 de noviembre de 2016, al no aplicar los principios laborales de favorabilidad, in dubio pro operario y derecho adquirido.

CONTESTACIÓN: La convocada a debate **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al anunciar que la prestación fue concedida bajo los términos fijados en la sentencia del Juzgado 19 Laboral del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Circuito de esta ciudad y, en específico, en la adición de la misma, donde resolvió condenar a la pensión de vejez «desde el 1 de agosto de 1997 y en cuantía de \$1.081.486.00», siendo ese juzgador quien fijo el IBL más favorable al accionante. Respecto al incremento pensional por cónyuge a cargo, manifiesta que está afectado por el fenómeno de la prescripción, pues contaba hasta el año 2014 para elevar la solicitud. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados cosa juzgada, buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de intereses moratorios e indexación y, las que resulten probadas en el curso del litigio, folios 47 a 62.

A su turno, la llamada a integrar el *litis consorte* necesario **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB S.A. ESP**, manifestó no oponerse ni aceptar las pretensiones de la demanda por no estar dirigidas en su contra y, en su lugar, aceptar lo que resuelva la justicia laboral. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la mora y actuación de buena fe, inexistencia de la obligación de pagar intereses o indexación, prescripción, compensación y genérica, folios 94 a 102.

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 9 de marzo de 2020, resolvió **declarar probadas** las excepciones de cosa juzgada, inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido propuestas por Colpensiones y falta de legitimación en la causa alegada por ETB S.A. ESP; **absolver** a Colpensiones y a la Litis consorte necesaria, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

contra y, **condenar** en costas a la demandante y a favor de Colpensiones (medio magnetofónico a folio 157).

Lo anterior por considerar el *A quo* que mediante sentencia proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de esta ciudad, se reconoció pensión de vejez fijando como modalidad liquidatoria la prevista en el inciso 3°, artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, concretando en sentencia complementaria, como valor de la mesada pensional la suma de \$1.081.486 atendiendo el tiempo que le faltaba como parámetro para el IBL. Por lo que si hubo un pronunciamiento expreso por la jurisdicción y sin que el extremo accionante presentara reparo alguno, encontrándose probada la excepción de cosa juzgada. Referente al incremento pensional por persona a cargo, aduce que al concederse la pensión en vigencia de la Ley 100 de 1993, carece de derecho conforme a lo adoctrinado en la sentencia SU- 140 de 2019.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Contra esta sentencia los apoderados de las partes no interpusieron recursos, por lo cual el *A quo* procedió a enviar el presente asunto a esta Corporación para que se surta el **grado Jurisdiccional de Consulta**, el cual procede a desatar esta Sala por cuanto no se observa causal que invalide lo actuado, previas las siguientes,

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: No se presentaron los alegatos en el término conferido para ello.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Parte demandada: La convocada a juicio, **COLPENSIONES**, solicitó la confirmación del fallo de primer grado, en la medida que el reconocimiento pensional por vejez fue producto de un fallo judicial proferido por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, por lo que la *«liquidación fue realizada en cumplimiento de una orden judicial y ello significa que mi representada no puede proceder a realizar una modificación de una orden judicial pues conforme lo ha dispuesto la Corte Constitucional en la SU-768 de 2014 la ejecución de las sentencias se traduce en la sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución, y que el incumplimiento de esa garantía constituye un grave atentado al Estado de derecho»*, encontrándose consumada la cosa juzgada.

A su turno, la llamada a debate **ETB S.A. ESP** aduce que la pensión concedida resultó compatible con la del ISS y, al elevarse pretensiones únicamente a Colpensiones, es evidente que *«cualquier reliquidación o reajuste de la mesada por pensión de vejez es un asunto que corresponde exclusivamente a la Administradora de Fondo de Pensiones porque el IBL no es competencia de ETB. (Decreto 758 de 1990 o en la Ley 33 de 1985), más bien de la entidad que forma parte del Sistema de Seguridad Social en Pensiones. (Para el caso el por entonces ISS)»*.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cumplimiento conforme la solicitud radicada el 10 de noviembre de 2016, militante a folios 23 a 28.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y el grado jurisdiccional de consulta a favor del accionante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si se cumplen o no los presupuestos para reliquidar la mesada pensional con la inclusión de todas las cotizaciones gestadas en su vida laboral, así como establecer la calidad de beneficiario del incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo.

STATUS DE PENSIONADO

No se presenta discusión en lo que concierne a la calidad de pensionado de José Ignacio Moreno Ávila, presupuesto que igualmente deviene de un análisis de las pruebas allegadas al plenario, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 CPL, en especial, copia de las Resoluciones No. 003624 del 8 de febrero de 2011 y GNR 350024 de 23 de noviembre de 2016 (fl.18 a 22, 30 a 32), reclamación administrativa (fls.23 a 28), partida de matrimonio y registro civil de matrimonio (fls.33 y 36), copia del documento de identificación del actor y Carmen Rosa Rivera León (fls.34 y 35), declaraciones extraproceso (fls.37 a 39), reporte de semanas cotizadas en pensiones (fls.40 a 42, 67 a 71, 76 a 80), medio magnetofónico contentivo de expediente administrativo obrante en Colpensiones (fls.74) y expediente laboral incorporado por ETB S.A. ESP (fls. 104 a 115); probanzas de las cuales se colige, que al demandante le fue reconocida pensión de vejez



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

mediante Resolución No. 003624 del 8 de febrero de 2011 a partir del 15 de mayo del 2000 en cuantía inicial de \$1.622.319, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad y en cumplimiento al fallo proferido por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá (folios 18 a 22); en igual sentido se acreditó que el señor MORENO AVILA cotizó para los riesgos de I.V.M. por el lapso del 1° de enero de 1967 al 30 de septiembre de 2001 un total de 1.589,86 semanas (folios 76 a 80); supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia.

RELIQUIDACIÓN PENSIONAL - EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA

En lo que concierne a este tópico demandatorio, el Juez de Conocimiento dispuso declarar probada la excepción de cosa juzgada, aduciendo que la cuantía prestacional había sido debidamente definida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de esta ciudad, en el momento de zanjar el reclamo pensional por vejez, encontrándose debidamente satisfecho tal *item* desde la decisión jurisdiccional inicial.

Bajo tal marco de acción, descende este Juez Colegiado a analizar si aquella resolución encuentra eco en esta instancia o si, por el contrario, es viable acceder a la reliquidación de la mesada pensional con todos los periodos aportados en la vida laboral de MORENO AVILA.

Así, se evidencia que el proceso ordinario laboral puesto a consideración de esta jurisdicción inició buscando la reliquidación de la pensión de vejez «*teniendo en cuenta el valor real de las cotizaciones realizadas en TODA SU VIDA LABORAL*», folios 4 y 5. Para tal efecto relacionó sendos hechos con los cuales alude la viabilidad en su *petitum* judicial y, que en suma, refieren la desidia de Colpensiones en incluir dentro del cálculo de la mesada pensional, la globalidad de tiempos laborados (folios 2 a 4).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Así mismo, evidencia esta Sala de Decisión que el diligenciamiento fue integrado con el expediente 11001 31 050 19 2005 621 02, donde consta copia de demanda ordinaria laboral seguida por el actor contra el otrora Instituto de Seguros Sociales, que fuere gestado en el Juzgado 19 Laboral del Circuito de esta ciudad, por medio de la cual suplicó:

*«Que se declare que el SEGURO SOCIAL es responsable del reconocimiento y pago de la Pensión de Vejez del señor **JOSE IGNACIO MORENO AVILA** y pago de mesadas atrasadas a partir del 31 de julio del año 1.992, fecha en la cual reunió los requisitos para hacerse acreedor a la Pensión de Vejez...*

(...)

PARTE CONDENATORIA

(...)

*Al reconocimiento y pago de la Pensión de Vejez de el Señor **JOSE IGNACIO MORENO AVILA**, a partir del 31 de julio del año 1997 fecha en que cumplió los 60 años de edad, actualizado con el I.P.C., conforme a la Ley 71 de 1.988, en concordancia con el acuerdo 049 de 1.990 y art. 136 (sic) de la Ley 100 de 1993 o Régimen de Transición.*

A pagar al actor, en forma actualizada y con los aumentos legales habidos, el valor pensional que le corresponda a partir del 31 de Julio del año 1.997 y hasta cuando sea incluido en nómina, incluyendo las mesadas adicionales.

(...)»

Con ocasión a dicha demanda, obra sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá del 23 de abril de 2008 (folios 238 a 244) por medio de la cual reconoció la pensión de vejez «a partir del cumplimiento de los requisitos y en la cuantía indicada en el Acuerdo 049/90, esto es el 90% del IBL», junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Luego, en cumplimiento a la orden emanada por la segunda instancia en auto del 31 de julio de 2008², el *A quo* adicionó su fallo el 5 de noviembre de 2008³ en el sentido de «**CONDENAR** a la demandada **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** a reconocer y pagar al demandante **JOSE IGNACIO MORENO AVILA** la pensión de vejez desde la fecha en que cumplió 60 años de edad, es decir, desde el 1° de agosto de 1997 y en cuantía de \$1.081.486.00 Mcte», por considerar que:

«En consecuencia la liquidación deberá efectuarse según lo contemplado en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con base en lo cotizado durante el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho pensional, contado desde la fecha de entrada en vigencia del nuevo régimen general de pensiones para las entidades territoriales, esto es, el índice base de liquidación (IBL) será calculado con base en lo cotizado desde el 1° de julio de 1995 hasta el 31 de Julio de 1997...»

(...)

VR. Pensión= \$1.201.652 X 90% = \$1.081.486,00 con efectividad a partir del 1° de agosto de 1997, día siguiente al cumplimiento de su status pensional»

Determinación que, en lo relativo a la cuantía pensional y ante la ausencia de apelación de la parte accionante, fue confirmada por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial en sentencia del 13 de marzo de 2009 (folios 273 a 287), al referir que se «se mantendrá incólume el reconocimiento de la pensión en los términos dispuesto[s] por el *a quo*, sin que se requiera revisar el IBL, tiempo de cotizaciones y la tasa de reemplazo, presupuestos que no fueron objeto de reproche alguno por las partes».

Acorde a lo anterior, procede esta instancia a resolver el *sub lite* puesto a su consideración, estableciendo en primera medida y para claridad de los extremos procesales, la norma que prescribió la institución procesal de la cosa juzgada que, en su literalidad impone el art. 303 del Código General del Proceso:

«ARTÍCULO 303. COSA JUZGADA. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.»

² Folios 258 y 259.

³ Folios 263 a 264.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

(...)

De conformidad, con lo señalado por el legislador, se tiene que la cosa juzgada procede cuando existe una sentencia ejecutoriada, proferida en un proceso contencioso judicial, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto “*eadem res*”, se funde en la misma causa que el anterior “*eadem causa petendi*” y, que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes “*eadem conditio personarum*”.

De suerte que, el objeto de un proceso se encuentra definido tanto por las declaraciones que, en concreto, se solicitan de la administración de justicia, como por el pronunciamiento específico del órgano jurisdiccional en la parte resolutive y considerativa de la respectiva sentencia. En relación con la causa *petendi* o causa de pedir, las mismas fuentes señalan que ésta hace referencia a las razones que sustentan las peticiones del demandante ante el juez. Es así como la causa *petendi* contiene, por una parte, un componente fáctico constituido por una serie de hechos concretos y, de otro lado, un componente jurídico, formado por las normas jurídicas a las cuales se deben adecuar los hechos planteados y el proceso argumentativo que sustenta la anotada adecuación⁴.

En claro lo anterior, se tiene que en el asunto que ahora ocupa la atención de esta Colegiatura, existe identidad jurídica de partes con el que fuere resuelto por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá y confirmado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de esa ciudad, límite subjetivo que coincide en ambos juicios; respecto a la identidad de objeto y de *causa petendi* salta evidente que el *petitum*

⁴ H. Corte Constitucional T-185 de 2013



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

condenatorio deriva en la concreción de la cuantía pensional, como aspecto rogado en ambos litigios, bien en el actual de manera principal ora en el preliminar a título consecuencial de la pensión de vejez requerida.

Es en atención a lo precedente, que estima viable la Sala de Decisión indicar que entre los hechos reclamados y las determinaciones judiciales dentro del curso de la acción ordinaria laboral 19 2005 621, según se relacionó, si se analizó y concretó el rubro prestacional, por lo que en manera alguna se configura la mutación de la causa *petendi*, en tanto, en ambos litigios se encuentra persiguiendo el mismo tópico del beneficio jurídico, se *itera*, de manera principal o consecuencial, máxime cuando la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en sentencia SL 12686 de 7 de septiembre de 2016, enseñó que no es necesario que los escenarios sean idénticos o las demandas se constaten «*calcadas, sino que el núcleo de la causa petendi, junto con sus bases fundamentales, sean evidentemente análogas*», en la medida que, agrega la Alta Corporación «*se trataba de una misma relación laboral, de un mismo despido sin justa causa y del mismo tiempo de servicios que, en los términos de la demandante, le daban derecho a obtener una pensión sanción, al amparo de lo previsto en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961*», por lo que, el nuevo funcionario judicial encargado no podría entrar a zanjar la instancia, pues ello conduciría a replantear una cuestión ya definida.

En tal contexto, considera esta instancia que la decisión final del *A-quo* resultó acertada, en tanto declaró probada la excepción de cosa juzgada, por la manifestación previa de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en atención a otro pleito judicial, donde calculó y fijó indefectiblemente el valor de la mesada pensional al tenor del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo 049 de 1990, sin que en dicho estadio la parte accionante elevara reparo alguno a fin de que, en sede de apelación o casación, fuera variado el *quantum*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En un asunto de similares contornos fácticos y jurídicos, la H. Corte Suprema de Justicia en decisión SL 2263-2018 con ponencia del H. Magistrado Rigoberto Echeverri Bueno, enseñó que:

*«Ahora bien, no se equivocó el Tribunal, al tomar como salario base de liquidación el correspondiente a \$326.169,11, **por la razón elemental de haber sido éste el valor que**, independientemente de si está integrado o no por los factores salariales que la ley determina para las pensiones de los trabajadores oficiales, **fue el establecido para la pensión restringida de jubilación por el Tribunal Superior de Bogotá, el 22 de septiembre de 1995, por lo que constituye cosa juzgada.***

*En tal sentido, considera la Sala que **no es procedente, ni aceptable, revivir una discusión que se agotó plenamente en un proceso anterior que hizo tránsito a cosa juzgada, con el pretexto de realizar nuevamente los cálculos para efectuar la indicada corrección monetaria.***

De obrar la Sala como lo reclama el impugnante, esto es, quebrar la sentencia del Tribunal que se atuvo a la suma que en proceso anterior se determinó como la correspondiente a la pensión restringida de jubilación, allí reconocida, atentaría contra el principio de la seguridad jurídica y de la cosa juzgada.

(...)» (acentúa la Sala)

Por ello, cumple destacar que esa Alta Corte en sentencia bajo radicación 31607 del 28 de abril de 2009 con ponencia del H. Magistrado Dr. Francisco Javier Ricaurte Gómez advirtió la inmutabilidad de las providencias, como garantía del principio de la seguridad jurídica que identifica el Estado Social de Derecho, proveído que señaló:

«... no es que al actor se le esté desconociendo un derecho por un impedimento procesal, sino que éste (su derecho) ya fue definido en un proceso anterior, donde se le otorgaron todas las garantías, y donde se dio amplio debate a sus pretensiones y donde se hizo prevalecer el derecho sustancial sobre el procesal, lo que no es posible es que ese debate se presente indefinidamente, cada vez que el actor considere que tiene una oportunidad de salir adelante y en aplicación del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas.

Es del caso reiterar aquí lo dicho en torno al tema, en reciente fallo del 3 de marzo del corriente año (radicación 35829), frente a similar planteamiento:

‘Ello, por la potísima razón de que el acceso a la administración de justicia impone a los jueces competentes en las diversas causas el deber de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

resolverlas conforme al ordenamiento jurídico que las regula, con observación de las formas propias de cada juicio y, de ser necesario, auxiliándose de la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, como criterios auxiliares de la actividad judicial que son. Pero a la vez, el ejercicio de tal derecho impone a los particulares, entre otras, la obligación de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia, lo que implica para quienes acuden a ella el acatamiento de lo allí resuelto, de modo que, por tal razón, la ley procesal protege la definitividad e inmutabilidad que por regla general se predicán de la sentencia por medio de la institución de la cosa juzgada, que a la vez que propende por la ejecutoria material de lo resuelto por el juzgador del caso, conjura la posibilidad de que respecto de unos mismos y particulares hechos se produzcan decisiones contradictorias

(...)» (Resalta fuera de texto)

De lo expuesto se sigue, que atendiendo los parámetros enseñados por la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en las sentencias en cita, en manera alguna resultaba viable entrar a dilucidar un asunto ya definido, donde el Juez unitario declaró los montos mensuales de la prestación pensional, confirmado por la segunda instancia, pues de ejecutarse comportaría aquel impedimento de replantear un asunto y a la vez, re juzgar lo ya concretado, con idéntica normatividad y fundamento, como lo es la el Acuerdo 049 de 1990 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Motivo que conduce a confirmar el fallo de primera instancia, en lo que esta telemática atañe, en tanto que el fallo impartido por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso radicado 2005 00621 surte plenos efectos sobre lo rogado por JOSE IGNACIO MORENO AVILA, cerrando la posibilidad de un nuevo debate jurídico acerca del mismo asunto y por los mismos hechos.

INCREMENTO PENSIONAL DEL 14% POR CÓNYUGE A CARGO

Previo a resolver, es del caso recordar que el riesgo de vejez de los trabajadores en Colombia comenzó mediante la Ley 6 de 1945, el Decreto No. 2147 de 1946, la Ley 90 de esa anualidad, el Decreto No. 2663 y No. 3743 de 1950, adoptado mediante la Ley 141 de 1961, en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

forma provisional y transitoria por los empleadores mientras el Instituto de los Seguros Sociales lo asumía (art. 259 y 260 del CST).

Dentro de esta evolución, y mediante el Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 de esa anualidad, se reglamentó el régimen de vejez de manera precaria y solamente para el personal vinculado a la entidad administradora de pensiones, estableciendo el legislador un incentivo sobre el monto de la pensión, bajo el concepto de lo que se entiende por familia en su mínima expresión, ello es, cónyuge o compañera permanente e hijos menores de 16 años o de 18 años que se encuentren estudiando, sin que pueda exceder este incentivo del 42% sobre el monto de la pensión de vejez, incremento en la mesada del pensionado que, en igual sentido, fue estatuido por el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, ello es, todo antes de la Ley 100.

Sancionada la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios, el citado incentivo familiar por personas a cargo, no se reguló en ninguno de los sistemas, y solo en desarrollo jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y por el art. 36 de la Ley 100 de 1993, se mantuvo para los pensionados bajo los acuerdos 029 de 1985 y 049 de 1990, como en forma de más reiterada lo ha señalado la Corporación de cierre de la Jurisdicción Laboral, entre otras, en la sentencia con radicación No. 29751 del 5 de diciembre de 2007, Magistrado Ponente Dr. LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ, con fundamento a los principios de la buena fe y expectativas legítimas.

Bajo ese entendido, del análisis de las pruebas obrantes en el proceso se corrobora que al señor **JOSÉ IGNACIO MORENO AVILA** le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución No. 003624 del 8 de febrero de 2011, a partir del 16 de mayo de 2000 y en cuantía inicial de \$1'622.319, conforme al Acuerdo 049 de 1990 (fls. 18 a 22); en igual



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

sentido se logró acreditar, que el actor se encuentra casado con **CARMÉN ROSA RIVERA LEÓN** desde el 8 de agosto de 1964 (fl.36). Así como, de las deponencias rendidas por Yolanda Moreno Rivera, Rosalba Cristancho De Cortes y Julio Flórez Segura (CD a folio 64), se logra colegir la ausencia de separaciones de hecho o derecho entre la pareja, así como indicaron que **RIVERA LEÓN** depende económicamente del pensionado desde el inicio del vínculo, por lo que, desde tal data no ha trabajado ni obtiene ningún rubro derivado de la prestación personal de los servicios o bienes propios.

De esta manera, encuentra esta instancia demostrado el cumplimiento de los requisitos previstos en la norma pensional y en el desarrollo jurisprudencial ya explicado en esta providencia, para la calenda pensional.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Establecido el derecho en cabeza del demandante, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado por la parte pasiva en la contestación de la demanda Colpensiones (fl. 58).

Sea lo primero advertir, que la excepción de prescripción es el fenómeno jurídico mediante el cual, se pierde el derecho por no haber ejercido la acción, en regla general, en el término de tres años contados a partir del momento en que se consolida o se hace exigible el derecho, según lo reglado en el artículo 488 del CST y el art. 151 del Código de Procedimiento Laboral. Si bien se ha resaltado que el derecho a la jubilación o el riesgo de vejez es imprescriptible, cierto es, que en el caso de autos el reajuste por personas a cargo, no tiene que identidad con los requisitos para que se configure el citado riesgo de vejez, en lo que respecta con las semanas cotizadas, el IBL y la tasa de reemplazo; pues dicho reajuste por persona a cargo nace como un incremento a la pensión al presentarse el requisito de tener cónyuge, compañera permanente o hijos bajo los presupuestos ya indicados en esta providencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En el evento en que no se tenga ni cónyuge, compañero permanente o hijos, al pensionado no le asiste el derecho. Por ello, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha concluido que es procedente el fenómeno de la prescripción si no se reclaman en tiempo por el titular del derecho, entre otras, en la sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicación 27923 con ponencia de la H. Magistrada Dra. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERON, la sentencia Rad. 40919 y Rad. 42300 del 18 de septiembre de 2012, y Rad. 57367 del 23 de julio de 2014 con ponencia del H. M. Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Así entonces, de la documental militante en el plenario se evidencia que la pensión de vejez le fue reconocida a **JOSE IGNACIO MORENO ÁVILA** mediante Resolución No. 003624 del 8 de febrero de 2011, notificada personalmente el 12 de abril de esa anualidad (folios 18 a 22); que para dicha fecha ya existía la dependencia económica de la señora CARMÉN ROSA RIVERA LEÓN, contando desde tal estadio con el término de 3 años para radicar la reclamación administrativa, pero como el demandante solicitó el reconocimiento y pago del incremento pensional por cónyuge a cargo ante Colpensiones el 10 de noviembre de 2016 (fl.23 a 28 vuelto), la cual fue resuelta desfavorablemente a través de Acto Administrativo GNR 350024 del 23 de noviembre de 2016 (folios 30 a 32), y radicó el *libelo* introductorio hasta el 20 de febrero de 2018, folio 43; es que evidencia la Sala que el término con el cual contaba el accionante para reclamar esta prestación ya había vencido.

De esta manera, de los argumentos expuestos y la jurisprudencia seguida, es viable concluir, que la excepción de prescripción está llamada a prosperar, por lo que deberá la Sala confirmar la sentencia apelada pero por las razones aquí expuestas, sin que se trate del desconocimiento de un precedente o de jurisprudencia por extensión emitido por la H. Corte Constitucional, pues, suma indicar que la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

decisión adoptada en ningún momento contradice la posición de la H. Corte Constitucional, al anunciar esa Alta Corporación que dichos reajustes no fueron reglamentados por la Ley 100 de 1993, en tanto dicho argumento constituye la misma línea que sigue la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Laboral, en tanto solo les asiste a quienes sean pensionados por el Acuerdo 049 de 1990, bien por derecho propio ora por régimen de transición, ello en desarrollo a los principios constitucionales del derecho adquirido y las expectativas legítimas, por lo que, no existe un enfrentamiento entre ambas cortes; de manera que la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral los continúa aplicando, tal como se puede corroborar en la sentencia SL 2711-2019, M.P. Dr. Rigoberto Echeverri Bueno.

Concluyendo en la confirmación del fallo de primera instancia, pero por las razones aquí expuestas.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia sin costas dado el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, el **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: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública celebrada el 9 de marzo de 2020 dentro del proceso ordinario



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

laboral seguido por **JOSÉ IGNACIO MORENO ÁVILA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia sin costas dado el grado jurisdiccional de consulta.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Aclara voto parcial

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara voto parcial

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **EINAR JUAN RAMÍREZ MENDOZA** CONTRA **LA SOCIEDAD TEAM FOODSCOLOMBIA S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de julio del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: el señor **EINAR JUAN RAMÍREZ MENDOZA** a través de apoderado judicial, persigue el reconocimiento y pago del reajuste salarial dejado de percibir a partir del 12 de febrero de 2016, junto con la correspondiente corrección de las prestaciones sociales a que haya lugar, ello, en atención a la base salarial que efectivamente debió percibir para el mismo interregno. (fl. 44).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 45 y 46 de las diligencias, que en síntesis advierten que se encuentra vinculado laboralmente con la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 22 de noviembre de 1993; que ejerce el cargo de Operario de frío, con una asignación salarial de \$1.547.925.00; que el 28 de julio de 2009, la empresa le comunicó que todos los emolumentos que percibía por concepto de primas extralegales, auxilios de alimentación y transporte y vacaciones que no eran constitutivos de salario, pasarían a ser, a partir del 1° agosto de esa misma anualidad, factor salarial; que también se pactó que el trabajador no podría percibir doble pago por el mismo beneficio, en caso de optar por sindicalizarse. Afirmó, que el trabajador se encuentra afiliado a la organización sindical Sintramagra y recibe los beneficios de la convención colectiva; que el 18 de febrero de 2016, la demandada le comunicó que el salario ha sido desmejorado, es decir, al reducirse de \$1.949.600 a \$1.547.925; que además de desmejorarse el salario, también se afectó la base de cotización para seguridad social y demás prestaciones sociales; que el 8 de agosto de 2016, solicitó de la encartada el reconocimiento y pago del salario que devengó con antelación al 15 de febrero de 2016; señaló que, que la organización sindical Sintramagra a suscrito con la encartada una serie de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

convenciones colectivas desde el año 2007 y con vigencia, la última, de 2020.

CONTESTACIÓN: La sociedad demandada **TEAM FOODS COLOMBIA S.A.**, al ejercer el derecho de contradicción y defensa se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que la empresa en procura de preservar el principio de igualdad y equidad entre los trabajadores, suscribió con los trabajadores un acta de imputabilidad en el que se incluían como factor salarial algunas prestaciones sociales que no ostentaban tal calidad, siempre que no se recibiera un doble beneficio en razón de pacto colectivo o convención colectiva de trabajo.

Excepciones: propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la sociedad demandada, cobro de lo no debido, buena fe de la demandada, mala fe del demandante, pago, compensación, prescripción y la genérica. (fls. 127 a 134).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 13 de marzo de 2020, resolvió **declarar** que entre el demandante y la demandada existe un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 22 de noviembre de 1993 y que continua vigente; **declarar** que la demandada le adeuda al demandante la suma de \$5´109.427.00, por concepto de salarios causados y no pagados para el mes de mayo 2016 y los meses correspondientes del año 2017; **condenar** a Team Foods Colombia S.A., en las sumas de \$224.117.33, \$8.932.67, \$1´491.879.00, 179.026.00, por los conceptos allí señalados y **condenó** en costas a la demandada. (fl. Cd. 308).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Lo anterior por considerar el *A quo*, que en el asunto bajo estudio, existe prueba de la suscripción del pacto que denominaron las partes acta de imputabilidad y por cuya aplicación el demandante accedió a unos beneficios que el empleador le reconocería; también se acreditó, que al momento de la afiliación del demandante a la organización sindical Sintramagra, dejó de percibir los beneficios incorporados en la mentada acta de imputabilidad, acreditándose una desmejora respecto a la remuneración básica mensual, pudiendo predicarse una discriminación económica derivada de la decisión de afiliarse a la organización sindical ya antes referida, aspectos que se probaron en el devenir del proceso y que dan lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandada TEAMS FOODS COLOMBIA S.A., inconforme con la decisión del *a quo*, interpuso recurso de alzada, en el que solicita la revocatoria de los numerales 2°, 3° y 5° de la sentencia impugnada al considerar, en síntesis, que no existe ninguna disminución salarial en cabeza del trabajador, y que por el contrario, tal como quedó demostrado en este juicio, se dio aplicación al acuerdo de voluntades suscrito entre las partes, el cual se denominó acta de imputabilidad, sin que de ella se desprenda trato discriminatorio hacia el actor o al sindicato al cual pertenece. Asegura, que no existe disminución salarial y mucho menos un acto de desincentivación sindical, pues los beneficios pactados en el acta de imputabilidad no desmejoran las condiciones económicas del demandante.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Parte demandante: La parte convocante a juicio, no efectuó pronunciamiento alguno al respecto.

Parte demandada: Solicita la sociedad, se revoque la sentencia de primer grado, y en consecuencia se absuelva a la entidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda al considerar, en síntesis, que no se tuvo en cuenta que entre las partes se pactó que todo lo que percibía o llegare a percibir el actor como beneficios o auxilios extralegales, no serían constitutivos de salario, aspecto que se dejó plasmado en el contrato de trabajo, tampoco se valoró en debida forma el Acta de Imputabilidad, pues si bien la misma juez convalidó lo allí plasmado y advirtió no concurrir vicios en el consentimiento, concluyó que dicha acta atentaba contra los derechos a la igualdad y afectaba las garantías mismas del trabajador, ello sin valorar que no existió desmejora en los ingresos del demandante y tampoco se ejerció acción alguna tendiente a desincentivar la afiliación a la Organización Sindical.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de conocimiento y las inconformidades planteadas por la parte demandada en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, si al demandante le asiste derecho a que la demandada le reajuste el salario que percibió a partir del 12 de febrero de 2016, teniendo para tal efecto aquel devengado con anterioridad a dicha data.

De resultar afirmativa la anterior premisa, condenar a la pasiva a reliquidar de todas las prestaciones sociales a que tiene derecho el actor.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia en esta segunda instancia, la existencia del vínculo laboral que ata a las partes, pues fue así declarada por la Juez de Conocimiento y aceptada por los intervinientes en el escrito de demanda y la contestación de la misma, sin que frente a éste tópico se esgrimiera oposición alguna, por lo que no resulta necesario ahondar frente a este aspecto.

RELIQUIDACIÓN DEL SALARIO Y PRESTACIONES SOCIALES DERIVADAS DE LA RELACIÓN LABORAL.

Persigue el demandante la reliquidación de los salarios causados y no pagados a partir del 12 de febrero de 2016, al considerar en esencia, que la demandada desmejoró sus condiciones salariales desde el momento en que decidió afiliarse a la organización sindical Sintraimagra, pues a su decir, la encartada se sustrajo de tener como factor constitutivo de salario, todos aquellos beneficios logrados mediante acuerdo convencional, prerrogativas de las que gozó en el interregno que laboró como trabajador no sindicalizado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

De esta manera, y con el ánimo de resolver el problema jurídico aquí planteado, considera la Sala pertinente remitirse a lo dispuesto en el artículo 127 del C.S.T., modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, norma la cual establece que *«Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones»*.

De otro lado, el artículo 128 del C.S.T., modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, dispone que *«No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad»*.

Del anterior contexto normativo se extrae, que en efecto, la legislación laboral establece como elementos constitutivos de salario todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, ya sea cualquiera las formas o denominaciones que se le dé, sin embargo, también fijó aquellos factores que no hacen parte constitutiva de la asignación salarial, entre los que se encuentran, todas aquellas sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, o aquellos beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente, siempre



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que las partes hayan dispuesto expresamente que no constituirían factor de salario.

Para el caso puesto a escrutinio de la Sala, se tiene que el demandante advierte divergencia en los salarios que percibió con posterioridad al mes de febrero de 2016, pues a su sentir, hubo una desmejora en sus ingresos en cuantía superior a \$300.000.00, en atención a que no se le tuvo en cuenta, como factor salarial, las primas extralegales y los auxilios de transporte y alimentación devengados como consecuencia de la afiliación al sindicato Sintramagra.

Entre tanto, la demandada Team Foods Colombia S.A., se opuso a las pretensiones del accionante, fundando su defensa, en que la compañía ha cumplido fielmente los acuerdos pactados con el promotor del juicio, sumó a ello, que el acta de imputabilidad suscrita por las partes, es legal y persigue preservar los principios de igualdad y equidad entre sus trabajadores, acuerdo éste, que tiene como finalidad evitar que un trabajador obtenga un doble beneficio. Así mismo afirmó, que no existe trato discriminatorio o que restrinja el derecho de asociación, contrario a ello, se busca preservar el equilibrio entre quienes prestan la fuerza de trabajo para la empresa.

A efectos de dar solución a la disyuntiva traída a juicio, considera la Sala oportuno relacionar las pruebas que obran en el plenario, para lo cual se tienen las siguientes:

- I. Derecho de petición dirigido por el demandante a la sociedad demandada, en el que persigue se le vuelva a cancelar los valores que percibía con antelación a la afiliación a la organización sindical Sintramagra, así como se le continúe pagando los beneficios convencionales de los cuales es beneficiario. (fl. 13 a 16 y 146 a 148)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

- II. Respuesta a la petición formulada por el accionante, en el que la pasiva deniega las aspiraciones del trabajador, con fundamento al acuerdo suscrito por las partes, el cual denominaron acta de imputabilidad. (fl. 17 a 20, 140 y 141).
- III. Convención Colectiva de Trabajo suscrita por Team Foods Colombia S.A., y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria de Productos Grasos y Alimenticios –Sintramagra. (fl. 25 a 35).
- IV. Actas de imputabilidad (fl. 213 a 219)
- V. Contrato de trabajo suscrito por las partes, en la modalidad a término indefinido. (fl. 39 a 41, 142 y 143).
- VI. Comprobantes de nómina (fl. 42, 43, 135 a 139, 220 a 252 y 279 a 288).
- VII. Tabla comparativa de funciones y salarios entre trabajadores sindicalizados y no sindicalizado. (fl. 265 a 267).

De otro lado, fueron escuchados los testimonios de Willam Romero González y Héctor Augusto Romero Riveros, quienes, al unísono, afirmaron que el demandante sufrió una desmejora salarial a partir de la fecha en que se afilió a la organización sindical Sintramagra, de igual manera señalaron que al interior de la empresa existen diferencias salariales entre quienes son sindicalizados y aquellos que no.

Del mismo modo, se escuchó el testimonio de Richard Uriel Valderrama Pachón, quien fuera traído al proceso de manera oficiosa, el que al cuestionársele respecto de si existía diferencia salarial entre quienes pertenecen al sindicato y aquellos que no, afirmó que «No veo diferencias a final del año, lo que hace es que las personas perciban el mismo ingreso estando en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

forma de pago 1, o sea sindicalizado, forma de pago 2, no sindicalizado, a final de año los ingresos son los mismos valores», reseñó que al final del año, los ingresos de ambos trabajadores se equiparaban a la suma de \$20'000.000.00, lo que lleva a tener por sentada la inexistencia de disparidad en el valor de los salarios percibidos.

De otro lado, fueron absueltos los respectivos interrogatorios de parte, de los que se desprende que, en lo que atañe al demandante, aquel afirmó ver desmejorado su ingreso mensual a partir de la fecha en que se afilió a la organización sindical Sintramagra, en cuantía superior a \$300.000.00; así mismo, censuró la actuación de la demandada al desmejorar los salarios de quienes, en un acto de libertad sindical, decidían afiliarse al sindicato.

Entre tanto, la representante legal de la encartada, afirmó que la diferencia salarial que alude el promotor del juicio se debe a la suscripción del acta de imputabilidad, documento que persigue equiparar salarialmente a aquellos trabajadores que no se encuentran beneficiados de ningún otro auxilio, ya sea convencional o colectivo, sumó a ello, que la disparidad radica, en que para quienes son beneficiarios del acta de imputabilidad, se les tiene como factor salarial las primas de junio y diciembre y los auxilios de alimentación y transporte, mientras que los convencionados reciben las primas extra legales y auxilios propios de la convención colectiva.

De lo hasta aquí expuesto, y al valorar la prueba recaudada en su conjunto, encuentra esta Corporación, que contrario a lo expuesto por la sentenciadora de primer grado, en el presente asunto no se configura actuación discriminatoria por parte de la encartada tendiente a desmejorar de forma injustificada el ingreso salarial del trabajador. Así se afirma, por cuanto, si bien es cierto al plenario se allegó el consolidado anual de pagos que se le efectuaron al demandante para



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

los años 2015, 2016 y 2017 (fl. 285 a 288), existiendo una disminución en el ingreso básico salarial mensual del demandante, en cuantía de \$402.657, no menos cierto es, que dicha disparidad acaeció como consecuencia de la pérdida de los beneficios contenidos en el acta de imputabilidad, misma que le permitía tener como factores salariales, lo atinente a primas de servicios y auxilios de alimentación y transporte.

Sin embargo, y pese a la desmejora en el ingreso básico mensual del accionante, no se puede desconocer, que al remitirse al consolidado anual del año 2017, el actor en manera alguna se vio afectado monetariamente, pues a contra prestación de los beneficios que perdió al excluirse del acta de imputabilidad, se le reconoció aquellos emolumentos propios de la convención colectiva, supuesto de facto que permite concluir que la afectación aludida en verdad no ocurrió, pues se itera, si bien el ingreso básico mensual disminuyó, el actor accedió a los beneficios extralegales que le otorgó la convención colectiva de trabajo, compensándose así el ingreso salarial anualizado.

No puede perderse de vista, que las partes de forma libre y voluntaria acordaron mediante acta de imputabilidad suscrita el 28 de julio de 2009, que todas las primas extralegales de navidad, junio, vacaciones y los auxilios de alimentación y transporte, pasarían a constituir factor salarial a partir del 1° de agosto de 2009, y que se extendería ese beneficio hasta tanto el trabajador no sea acreedor de cualquier otro acuerdo ya sea pacto colectivo, convención colectiva o laudo arbitral, ello, en procura que no exista una doble imputación por el mismo derecho o concepto. Acuerdo que no fue acusado de vicio alguno que afecte su existencia y validez.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

De otro lado, censura el promotor del juicio el acuerdo de voluntades suscrito entre aquel y la sociedad demandada el 28 de julio de 2009², pacto que se denominó acta de imputabilidad, al considerar que dicho documento constituye una práctica que atenta contra el derecho sindical, pues al decir del demandante, se sintió castigado por la demandada desde el momento en que se afilió al sindicato, ya que partir de dicho acontecimiento, fue que acaeció la disminución salarial que por esta vía reclama.

Para resolver, pertinente resulta traer a colación lo que enseñó la H. Corte Constitucional en sentencia T-619 de 2013, al referirse a las prácticas que atentan contra el derecho de asociación, oportunidad en la que la Alta Corporación enseñó:

«Esta corporación ha considerado como ilegítima e ilegal toda conducta por parte del empleador que se oriente a (i) desalentar a los posibles asociados, sancionarlos o discriminarlos por hacerlo; (ii) acudir a la facultad de terminación del contrato sin justa causa respecto de alguno de los miembros de la organización con el propósito de afectarla; (iii) adoptar conductas discriminatorias basadas en la circunstancia de estar o no afiliado al sindicato, favoreciendo a los no sindicalizados en contra de los sindicalizados, como cuando se hace uso de “los factores de remuneración o de las prestaciones sociales para golpear a quienes se asocian, para desestimular el crecimiento del sindicato o para presionar los retiros de este”, creando diversos planes de beneficios, favoreciendo a los no afiliados al sindicato».

Del anterior contexto jurisprudencial se extrae que, para que se incurra en prácticas ilegales o ilegítimas atentatorias del derecho de asociación, la actividad que despliegue el empleador deberá estar encaminada a i) desincentivar a los trabajadores asociados, ii) adoptar conductas discriminatorias, iii) terminar los contratos de trabajo o iv) acudir al favorecimiento de los trabajadores no sindicalizados.

² Fl. 216 del informativo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Así las cosas, en el presente asunto no se advierte práctica desleal desplegada por la empleadora en torno constreñir la libertad sindical, pues los incentivos que la empleadora otorgo, encaminados a tener como factor salarial las primas extralegales de navidad, junio y vacaciones, así como los auxilios de alimentación y transporte, perseguían la nivelación prestacional respecto de aquellos trabajadores que no percibían emolumento alguno diferente al salario ordinario, la única condición que se plasmó para la causación del derecho, fue el no percibir erogación alguna equiparable al beneficio otorgado, práctica que lejos de incentivar la desafiliación de los asociados al sindicato, persigue la igualdad prestacional de cara a todos los trabajadores de la entidad.

Argumento que encuentra respaldo, en el dicho por el testigo Richard Uriel Valderrama Pachón, quien fue convocado al proceso de manera oficiosa, persona que tenía contacto directo con la nómina de los trabajadores de la sociedad demandada, pues al cuestionársele respecto de si existía diferencia salarial entre un trabajador sindicalizado y aquel que no, respondió *«No veo diferencias a final del año, lo que hace es que las personas perciban el mismo ingreso estando en forma de pago 1, o sea sindicalizado, forma de pago 2, no sindicalizado, a final de año los ingresos son los mismos valores»*, y a modo de ejemplo explicó *«Lo que se garantiza es que los ingresos de la persona sindicalizada esta desagregado varios conceptos que al sumarlos al final del año te da \$20.000.000 y lo que yo garantizó en el otro pago, en el que no está sindicalizado es que a través del salario, prestaciones sociales perciba el mismo \$20'000.000 a final de año»*.

En virtud de lo anterior, para que el demandante se hiciera acreedor de los beneficios contenidos en el acta de imputabilidad, no podía haber causado prestación alguna que se equiparara a la que por mera liberalidad la empleadora otorgó con la suscripción de dicho acuerdo, supuesto de facto que no aconteció en el sub examine, pues al afiliarse



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Einar Juna Ramírez Mendoza a la organización sindical Sintraimagra, comenzó a disfrutar los beneficios convencionales propios de la convención colectiva, mismos que resultan incompatibles con los otorgados mediante la tantas veces citada acta de imputabilidad.

Los argumentos expuestos son suficientes para que esta Sala de Decisión revoque la sentencia apelada, para en su lugar, absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

COSTAS.

Se revocará la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, para que en su lugar aquellas estén a cargo de la parte demandante. En esta segunda instancia sin costas dada la prosperidad del recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública celebrada el 13 de marzo de 2020, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **EINAR JUAN RAMÍREZ MENDOZA** contra la sociedad **TEAM FOODS COLOMBIA S.A.**, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO: COSTAS. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandante. En esta segunda instancia sin costas dada la prosperidad del recurso de apelación.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **GERARDO FORERO MARIN** CONTRA **COLPENSIONES**
Y **PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de julio del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Leidy Carolina Fuentes Suarez** identificada con cedula de ciudadanía No. 1.049.614.551 de Tunja y tarjeta profesional 246.554 del C.S. de la J., para que actúe en representación de

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriada el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Claudia Liliana Vela.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **GERARDO FORERO MARIN** a través de apoderado judicial, persigue se declare la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado a través de Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., ante el incumplimiento en el deber de información; como consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. a la devolución de los aportes realizados al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, teniéndolo afiliado a este ente, costas y agencias en derecho (folios 4 y 5-Expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 5 a 7 de las diligencias, que en síntesis advierten que nació el 11 de febrero de 1960 y se afilió al sistema de seguridad social el 8 de marzo de 1979; que el 28 de junio de 1999 mientras se encontraba laborando en la Fundación Eudes, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la administradora HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., donde el promotor de ventas lo indujo a tal acto bajo la promesa de un incremento en la pensión con relación al RPM, a la cual accedería a cualquier edad, siendo insistente en la solidez y ventajas de su movilidad por la pronta liquidación del Seguro Social con la pérdida de aportes. Agente que no suministró información concerniente a la forma liquidatoria de la pensión, requisitos a cumplir



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

en ambos sistemas, los pro y contras de adelantar el traslado, información técnica de la mesada; incumpliendo así con el deber de información, transparencia y vigilancia aun desde la antesala de afiliación. Refiere que el 8 de febrero de 2019 solicitó ante las demandadas la nulidad o invalidez del traslado, mismo que fue decidido de manera desfavorable pese al detrimento patrimonial verificado por Porvenir S.A. en asesoría adelantada el 13 de febrero de 2019.

CONTESTACIÓN: La llamada a debate **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al anunciar que la afiliación es válida por tener como soporte las cotizaciones realizadas al fondo privado, de manera libre, espontánea y voluntaria. Máxime cuando no se halla soporte alguno que demuestre el vicio en el consentimiento alegado. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y las que resulten probadas en el curso del litigio, Folio 77 a 91 del Exp. Digital.

A su turno, la convocada a juicio **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, adujo el rechazo al *petitum demandatorio*, manifestando que no se allegó prueba sumaria de las razones que invoca para sustentar la ineficacia o nulidad, más cuando no se pueden solicitar requisitos que no estaban para la fecha de traslado y se está en la restricción de que trata el literal e), artículo 13 de la Ley 100 de 1993. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe, folios 153 a 193.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 11 de junio de 2020, resolvió **declarar ineficaz** el traslado realizado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y, como consecuencia, ordenar a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por el actor; **condenar** a la AFP PORVENIR S.A. a pagar con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración; **condenar** a COLPENSIONES a volver a afiliarse a Gerardo Forero Marín al régimen de prima media con prestación definida y recibir los aportes que este hubiera efectuado en PORVENIR S.A. y, **condenar** en costas a PORVENIR S.A. (audiencia virtual – exp. digital).

Lo anterior por considerar el *A quo* que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en la demandada Porvenir S.A. por inversión probatoria. Sin que del elenco de medios de convicción incorporado, se ratifique que el fondo concediera una información suficiente al reclamante jurisdiccional; dando paso a la ineficacia del traslado con la orden de trasladar los aportes efectuados a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, debiendo en todo caso el fondo privado asumir con su propio patrimonio la disminución del capital de financiación de dicha pensión por gastos de administración.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandada PORVENIR S.A. interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo como reparos que el accionante no acreditó ningún vicio en el consentimiento al no ser correcto alegarlas con sustento a unas características que se hallan en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la Ley y, que para la fecha de vinculación al RAIS no existía la obligación legal de adelantar proyecciones comparativas, estimaciones de cálculo en relación al monto para la financiación de la pensión, lo que, además, resultaba imposible aun para el régimen de prima media con prestación definida por la densidad de semanas. Requiere que, de continuarse con la determinación de primer grado, se revoque la adjudicación de los gastos de administración pues fueron por la labor profesional, en términos de inversión y generación de rentabilidad de los aportes, en tanto, continuar con tal decisión generaría un pago de lo no debido y un enriquecimiento sin justa causa. Concluye exteriorizando que no tenían la obligación de guardar soporte físico de la información, únicamente el formulario de afiliación, por lo que invertir en este momento la carga de la prueba es obligar a lo imposible, máxime cuando las sentencias que lo determinaron se promulgaron después del traslado.

La parte demandada COLPENSIONES elevó recurso de apelación contra la anterior determinación manifestando en síntesis como motivos de disidencia, que se gesta una aplicación indebida del artículo 1604 del Código Civil al no adelantar el análisis, de manera sistemática, con las demás normas que prohíben alegar la ignorancia de la ley en los negocios jurídicos. Reseña que al ser la afiliación un acuerdo de voluntades cuenta con las características de un contrato y, por ello, se determina como formal, libre y voluntario según el literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, bilateral con obligaciones a cargo del afiliado descritas en el artículo 4º del Decreto 2241 de 2010 y de adhesión que implica acepta el régimen y la afiliación, pues, resalta, que de no valorarse conforme a esos parámetros se estaría *«apoyando o contribuyendo a la descapitalización del sistema pensional»* y con ello, a la sostenibilidad financiera del artículo 48 de la Constitución Política, junto con la expectativa pensional de quienes han permanecido en el RPM. Finalmente repara que el accionante no es un afiliado lego y por sus



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

características profesionales, tenía los conocimientos claros para discernir el sistema, así que, de continuarse con la condena debe ordenarse a la AFP que trasladen los rendimientos y seguros.

La parte demandante no elevó recurso de apelación.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: Recalcó que de las pruebas obrantes en el plenario se demostró que el fondo privado no brindó una asesoría clara, completa, veraz, técnica, financiera ni jurídica respecto de las consecuencias de un cambio de régimen, aunado a que el formulario de afiliación es carente de los datos de beneficiarios, lo que no fue subsanado en tiempo por la AFP. Preciso que *«LAS REASESORIAS O AFILIACIONES HORIZONTALES QUE HAYA REALIZADO EL DEMANDANTE ENTRE AFP, NO SUBSANAN DE NINGUNA MANERA LA PRIMERA AFILIACIÓN, QUE ES LA QUE SE DEBATE EN ESTE TIPO DE PROCESOS, Y EN EL PRESENTE CASO LA DEL AÑO 1999 REALIZADA A HORIZONTE HOY PORVENIR S.A.»*

Parte demandada: La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, en tiempo, adujo como sustento de sus reparos iniciales, que para la data en que se materializó el traslado del actor no se encontraba en el haber de las AFP la obligación del buen consejo, donde deben estudiar todos los antecedentes del potencial afiliado, hasta el punto de desincentivar la afiliación; ni se encontraba el de la doble asesoría. Agrega que la elección del régimen fue completamente voluntaria como emano del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

interrogatorio de parte absuelto por el demandante, por lo que no podía ignorarse la escogencia autónoma del RAIS y que el asunto es carente de pruebas que *«permitan concluir que para la fecha de perfeccionamiento del negocio el demandante tenía alguna incapacidad que le impidiera celebrar contratos»*. En lo tocante a la devolución de gastos de administración, refirió que estos tienen *«por mandato legal una destinación específica que, en este caso, cumplió plenamente su cometido en el periodo en el cual el demandante ha mantenido su vinculación con el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de la demandada, pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que ha implicado la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta individual del demandante, principalmente el manejo de las inversiones tendientes a obtener el incremento o rentabilidad de esos recursos (...) las sumas destinadas a los gastos de administración ya se agotaron o extinguieron por haber sido destinadas al cumplimiento de su objetivo: manejar los fondos y las cuentas individuales»*, lo cual implica la imposibilidad de restituir los montos por seguros previsionales. Finaliza solicitando la absolución por costas procesales.

A su turno, la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** exteriorizó que para la data de solicitud de retorno al régimen de prima media, el actor se encontraba en la prohibición del art. 13 de la Ley 100 de 1993 al contar con 59 años de edad. Agrega que no se acreditaron vicios en el consentimiento y que, en dado caso, se estaría en presencia de un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir en la eficacia jurídica del acto celebrado entre el demandante y Porvenir S.A. Precisa que *«existió ratificación expresa o tácita que sanear el presunto vicio del contrato y, en el presente asunto el DEMANDANTE saneó la nulidad por la ratificación tácita que autoriza el artículo 1754 ibidem, al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizo el traslado de régimen en su momento, ello si se tiene en cuenta que el DEMANDANTE durante todo este tiempo (diligenciamiento del formulario de cambio de régimen hasta la fecha de presentación de la demanda), ha consentido en que se le hagan los descuentos*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

respetivos con destino al ahorro individual»; sumado a que la H. Corte Suprema de Justicia no adelanta un análisis sistemático de todas las normas civiles para determinar la carga de a prueba y, que la decisión de instancia conlleva la descapitalización del sistema. Como reclamo subsidiario, pretende se condene al cumplimiento de la sentencia una vez la AFP realice la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta individual.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme la solicitud radicada el 8 de febrero de 2019, militante a folios 41 a 46 – Exp. Digital.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y, en estricta consonancia con los reparos invocados por Colpensiones y Protección S.A., y el grado jurisdiccional de consulta, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

a resolver en el *sub lite*, el determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por MARÍA ISABEL ROMERO SANCHEZ al régimen de ahorro individual administrado en su entonces por PROTECCIÓN S.A.

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia del documento de identificación del actor (fls.21 – exp. digital), reporte de semanas cotizadas e historia laboral (fls. 25 a 31), formulario de traslado de régimen (fl.33), reclamación administrativa, solicitudes y su respuesta (fls.35 a 50), proyección pensional gestada por Porvenir S.A. (fl.51), expediente administrativo obrante en Porvenir S.A. (fl. 195 a 297) e interrogatorio de parte rendido por el actor (Archivo de audio “AUDIENCIA 2019-380” del expediente digital).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que señaló «*Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas*»

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes de que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas»*.

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha indicado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, señaló:

«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1º, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

*A juicio de esta Sala **no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;** de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(...)*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.

*Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que **la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla»(Acentúa la Sala).

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar:

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) 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; (iii) 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 (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de 3 de abril de la anualidad que avanza, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, momento en el que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«... la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro».

Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo bajo radicado 68838, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:

«En el orden planteado, serán resueltos los problemas jurídicos.

1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, 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», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.º los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.

2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3º elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.º, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.º de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7º. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.º 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el parágrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.º de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

- 1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.*
- 2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.*
- 3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*
- 4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*
- 5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*
- 6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia*

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el párrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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

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

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre 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.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

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

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, 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.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

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

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

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que 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 identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, 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 en 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

TEORIA DEL CASO

Al analizarlas pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales con afiliación del 8 de marzo de 1979, folio 31, para luego trasladarse a la AFP HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. por fusión, el 28 de junio de 1999 con efectividad del 1° de agosto de esa anualidad (fl. 33, 199, 203 y 205), donde se encuentra actualmente realizando aportes al subsistema de seguridad social en pensiones (folios 25, 207 a 281 – Exp. Digital); supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura que la AFP PORVENIR S.A. tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 33, 199, 203 y 205).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativo y veraz en informar que para junio de 1999 un asesor de HORIZONTE S.A. que, a su vez era voluntario en la fundación donde laboraba, adelantó el traslado de régimen pensional informando únicamente las ventajas del sistema de ahorro individual como el reconocimiento pensional a cualquier edad y el cierre del seguro social, sin detallar aun aspectos de rentabilidad y aportes voluntarios (archivo de audio y video del expediente digital)

Dimanando en que las probanzas arrimadas a las diligencias no son suficientes para probar el consentimiento informado y sin que medie otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado; conducta omisiva que a todas luces demuestra una inducción en error a la activa por la AFP demandada, lo cual conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de antaño, se asimila al vicio del consentimiento por dolo, error en el objeto y de hecho (Art. 1508 y s.s del C.C.).

Por manera que, la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A. incurrió en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales del demandante, cuando era su obligación suministrar la misma al momento de la afiliación, sin omitir ningún tipo de dato (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Suma señalar, que la omisión en la información veraz, oportuna y suficiente sobre las consecuencias del traslado, implícitamente engendran un vicio de consentimiento denominado dolo, como ya se advirtió, pues se indujo al afiliado en error en el traslado, indistintamente del tiempo que haya transcurrido luego de la movilidad de régimen o que se haya trasladado de AFP, pues, las personas se pueden mantener por largo tiempo engañadas, mientras no se les ponga en conocimiento el daño realmente sufrido, de ahí que se deba declarar la nulidad, la cual apareja indiscutiblemente la ineficacia del traslado como consecuencia lógica.

Por otra parte, para la Sala pertinente resulta traer a colación lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, SL13873-2014 y SL1452 de 3 de abril de 2019, en lo que refiere a las consecuencias o efectos de la nulidad o ineficacia del traslado, oportunidad en la que la Sala indicó:

«... la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4689-2018, 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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto».

Ahora, en lo que comporta al reparo elevado por el profesional del derecho de la AFP privada, en lo tocante a la imposibilidad de trasladar los gastos de administración de la cuenta individual de FORERO MARÍN, esta Sala de Decisión indica de entrada la orfandad de prosperidad en su disidencia, en la medida que tal consecuencia es la materialización del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

precepto legal del artículo 1746 del Código Civil, que enseña como efectos de la declaratoria de nulidad el dar «a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo».

Lo anterior, también ha sido objeto de pronunciamiento por la H. Corte Suprema de Justicia, que en sentencia rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, con ponencia del H. M. Dr. Eduardo López Villegas, indicó:

«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.

*La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, **de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración...**»*

E igualmente lo adujo la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL13873-2014 con radicación No. 42500 del 8 de octubre de 2014 con ponencia del H. Magistrado Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, al señalar:

«En efecto, en la sentencia CSJ SL, 7 feb. 2006, rad. 25069, reiterada en CSJ, SL, 13 mar. 2012, rad. 39772, esta Sala dijo:

*«Del texto transcrito es razonable colegir que, **al determinar cuál de las vinculaciones a una entidad de seguridad social es válida y cuáles no, la norma está precisando la vinculación que produce efectos jurídicos** y, así no lo señale específicamente, de manera indirecta la entidad que debe tener a su cargo el reconocimiento de la prestación respectiva, que **lógicamente debe ser aquella respecto de la cual se haya hecho la vinculación que es legalmente admisible y llamada a producir consecuencias para el afiliado...**»*

(...)» (Aparte resaltado de la Sala)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Motivo por el cual, se *itera*, no se modificará la determinación en lo relativo a la devolución íntegra de todas las sumas percibidas.

Se aclara que en lo demás, esta sentencia no le causa perjuicio a Colpensiones, pues el afiliado se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas están a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones por el resultado de la alzada y la ausencia de prosperidad en los reparos; se tasan como agencias en derecho la suma de \$600.000 para cada uno, liquídense en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 11 de junio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral seguido por **GERARDO FORERO MARÍN** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO: Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas están a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones por el resultado de la alzada y la ausencia de prosperidad en los reparos; se tasan como agencias en derecho la suma de \$600.000 para cada uno, liquídense en primera instancia.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

Aclara Voto

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **DAIRO GONZALEZ OSPINA** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. Y OLD MUTUAL S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de julio del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente **DECISIÓN ESCRITURAL**,

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: El señor **DAIRO GONZALEZ OSPINA** a través de apoderado judicial, persigue se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado a través de Porvenir S.A., ante el incumplimiento en el deber de información; como consecuencia, se condene a la ineficacia del tránsito adelantado por las administradoras privadas convocadas y a OLD MUTUAL S.A. al traslado de los aportes cotizados, debiendo COLPENSIONES aceptarlos y registrar al actor como afiliado sin solución de continuidad desde el 21 de enero de 1980, costas y agencias en derecho (folios 4 y 5).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 5 a 8 de las diligencias, que en síntesis advierten que se afilió al otrora Instituto de Seguros Sociales el 21 de enero de 1980 aportando 391,43 semanas hasta el 1º de septiembre de 1994, momento en el cual adelantó traslado al régimen de ahorro individual a través de HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., pero sin que le asesoraran de manera debida respecto de las desventajas de su movilidad, la disminución en el valor de su mesada con la realización de una proyección con inclusión del bono pensional; aludiendo solamente datos parcializados y sesgados al limitarse a relatar la terminación del Instituto de Seguros Sociales, el acceso pensional a cualquier edad pero omitiendo que ello vulneraría el monto mensual y bono pensional. Apunta que fue con ocasión a esos datos que firmó el formulario de afiliación, y sin que fuera re asesorado por la administradora en la cual se encontraba antes de los 52 años, Colfondos S.A., atinente a la posibilidad de retorno. Precisa que cuenta con 1.486,29 semanas cotizadas al sistema y que el 12 de marzo de 2018 requirió la invalidación de la afiliación con el consecuente traslado a Colpensiones, mismas que fueron zanjadas



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

desfavorablemente. Finalmente menciona que actualmente se encuentra afiliado a la Administradora Old mutual S.A.

CONTESTACIÓN: La llamada a debate **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al anunciar que no obra dentro del plenario prueba que demuestre un actuar de la AFP con destino a inducir en error o vicio del consentimiento al demandante, o por lo menos una nota de protesta a tono de inconformidad. Por el contrario, alega que las documentales están sujetas a derecho. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, las que resulten probadas en el curso del litigio, folio 152 a 173.

A su turno, la convocada a juicio **OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que el reclamante no establece la naturaleza de la nulidad o ineficacia pretendida. Máxime, al no presentarse los presupuestos para declarar probado algún vicio, al ser desde la expedición del Decreto 2555 de 2010 que adquirieron la obligación de asesoría e información para afiliados y público en general. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, folios 199 a 216.

De igual forma, la llamada a debate **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, elevó rechazo al escrito de demanda y respecto a reclamos en su contra, refiriendo que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza, al ejecutarse en forma libre y voluntaria por GONZALEZ OSPINA. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y, las que se prueben, folios 249 a 260.

La demandada **COLFONDOS S.A.**, adujo el rechazo al *petitum demandatorio*, manifestando en sustento que el traslado entre administradoras es válido, por producirse dentro del mismo régimen escogido por el actor. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación en cabeza de Colfondos S.A., cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, prescripción y caducidad, buena fe y genérica, folios 288 a 293.

Finalmente, la convocada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, elevó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, manifestando que la información suministrada esta acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que ejerce la Superintendencia Financiera. No siendo las reglas y condiciones del nexo un actuar caprichoso o abusivo, sino obediente a las regulaciones del RAIS. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y, las que resulten probadas en el curso del litigio, folios 309 a 317.

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 4 de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

marzo de 2020, resolvió **declarar la ineficacia** del traslado efectuado por el demandante el 1° de octubre de 1994 del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad; **ordenar** a la AFP OLD MUTUAL S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, que incluyan cotizaciones, rendimientos sin q sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otra; **declarar no probada** la excepción de prescripción y, **condenar** en costas a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL S.A. y COLFONDOS S.A. (CD a folio 396).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, acatando las determinaciones de la H. Corte Suprema de Justicia que constituyen doctrina probable, es que encuentra que los argumentos expuestos por el extremo pasivo no encuentran cabida, en la medida que el deber de información surgió desde la misma Ley 100 de 1993 en el literal b) del artículo 13; que la ineficacia resulta aplicable para quienes tuvieran o no un derecho consolidado, así como fueran o no beneficiarios del régimen de transición al tenor de la sentencia SL 1452 de 2019. Así como no existe la pedida ratificación de vinculación por las movilidades dentro de un mismo régimen, conforme lo expuesto en la sentencia SL 1688 de 2019 al enseñar que la información debía ser concedida de manera completa y suficiente a la fecha de traslado y no posterior.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandada COLPENSIONES interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo como reparos que si bien la H. Corte Suprema de Justicia ha declarado la ineficacia de los traslados, lo cierto es que ha advertido la necesidad de analizar de forma particular cada caso, como lo referido en la sentencia SL 1452



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de 2019. Por manera que, así debe realizarse en el presente donde se evidencia la falta de expectativa legítima en pensionarse con el RPM, por tener únicamente 33 años y 369,98 semanas al 1° de abril de 1994, así como la decisión libre y voluntaria en el traslado según da cuenta el interrogatorio de parte, al asistir a asesorías logrando conocer las características de cada sistema y ratificando su permanencia al trasladarse en varias oportunidades entre AFP, cuando podía regresar al régimen de prima media antes de la prohibición del literal e), artículo 13 de la Ley 797 de 2003, más cuando continuó después de desaparecer el ISS. Concluye señalando que *«nunca solicitaron regresar a esta Administradora ni se acercaron a solicitar información, faltando así también a su deber de informarse con respecto a lo que indica el estatuto del consumidor financiero»*, máxime cuando centró la inconformidad en el valor de la mesada pensional, lo que lleva a ultimar que es un error de derecho que no vicia el consentimiento.

A su turno, la **llamada a debate PORVENIR S.A. elevó apelación contra la anterior determinación** aduciendo como motivos de disidencia, que el traslado obedeció a una decisión libre, espontánea, consciente y sin presiones como emana del formulario de afiliación y el cumplimiento de los requisitos exigidos por ley para esa data, al recibir la información como lo confesó en el interrogatorio, a más de encontrarse que los formatos de vinculación fueron aprobados por la Superintendencia Financiera. Señala que *«la expresión materializada por los afiliados no puede ser considerada como un mero requisito formal, manifestación vacía y sin ninguna consecuencia (...) en cuanto corresponde a una exigencia normativa que por lo tanto no puede ser ignorada»*, ni sus efectos, pese a ser un formato ya impreso por ser la expresión de voluntad del afiliado ratificada con los nueve traslados horizontales que conducen a demostrar que sí conocía las características del RAIS durante los 15 años de permanencia (SL 413 de 2018). Acota que la Superintendencia Financiera ha sido enfática en señalar que el deber de información surgió con el Decreto 2241 de 2010 y a partir del 1° de julio de 2010, por lo que no se podían



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

reclamar presupuestos diferentes e imposibles a los previstos en el Decreto 656 de 1995, al ser viable conceder los datos de manera verbal y diametralmente diferente en cada oportunidad y etapa, como acaeció «respecto a las condiciones y características generales del régimen al cual se está afiliando». Señala que el fallo de instancia presupone la aplicación de causas «que no existían ni estaban en la cabeza de los legisladores para la fecha de las respectivas afiliaciones [y] tiene capacidad suficiente para generar un vicio en el consentimiento». Finalmente reclama la falta de sustento en la orden de devolución en los gastos de administración, pues realizarlo implicaría un perjuicio al ser destinados para adquirir los seguros previsionales que estuvieron vigentes durante la afiliación del demandante y ser utilizados para el fin que estableció la Ley 100 de 1993.

Finalmente, la **demandada OLD MUTUAL S.A. interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación**, aduciendo como reparos que se realizó una aplicación indebida e interpretación fragmentada y descontextualizada de la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, en la medida que tales determinaciones son una fuente auxiliar del derecho y no podría acogerse como principal para casos no análogos, pues aquellos relatados son de afiliados que perdieron en régimen de transición, más aun, cuando se halla que para el momento de los 9 actos jurídicos de afiliación la ley no exigía la constitución de una prueba adicional al contrato de afiliación, que contaba con el aval de la Superintendencia Financiera. Refiere que el punto de discusión se enmarca en la regla procesal de invertir la carga de la prueba para exigir documentos adicionales a los previstos por la Ley en su momento, convirtiéndose en antijurídico y vulnerador de la seguridad jurídica el requerir ahora una prueba inexistente después de más de 25 años. Refiere que, de aceptarse el criterio jurisprudencial, debe denotarse que el demandante mantuvo su voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual con los actos de afiliación, como hecho notorio de su voluntad, pues el *A quo* citó una jurisprudencia ajena al asunto donde solo se presentó una re asesoría, aquí si hubo movilidad



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

entre AFP. Agrega que si bien dentro de la sentencia SL 1452 de 2018 se menciona que el tener un nuevo régimen de transición también merece el derecho a un consentimiento informado, lo cierto es que igualmente anuncia que cada caso debe estudiarse de manera individual, por lo que, no puede convertirse en *«una patente de corso que le permita a todas las personas que, por diferentes situaciones, tengan unas mejores condiciones en COLPENSIONES»*, lo que adicional afecta la sostenibilidad fiscal del sistema y *«la eficacia de la prestación a mediano o largo plazo»*, sumado a vulnerar la restricción del artículo 2° de la Ley 797 de 2003 como lo aclaró la misma Magistrada Ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas.

La parte demandante no elevó recurso de apelación.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: Este extremo solicita la confirmación del fallo de primer grado, aduciendo que en el diligenciamiento no existen probanzas que permitan colegir una asesoría *«integral, veraz, oportuna y completa, en donde se le haya indicado las respectivas ventajas y desventajas de permanecer en el Régimen de Prima Media, o las desventajas y riesgos inherentes al traslado de régimen pensional realizado el día 1 de septiembre de 1994. Tampoco existe prueba alguna que demuestre que la Administradora le haya entregado un Plan de Pensiones o el Reglamento de la Administradora, como lo exigía el artículo 15 del Decreto 656 de 1994»*. Incumpliendo así la AFP en *«los deberes de información y transparencia conforme lo exigían para la época el Decreto 663 de 1993, el Decreto 720 de 1994 y el Decreto 656 de 1994»*.

Parte demandada: La llamada a debate **Colpensiones** requirió la absolución de las pretensiones incoadas en su contra, aduciendo para



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

el efecto que de las pruebas arrimadas a las diligencias se evidencia que el actor esta válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación el 1° de septiembre de 1994, más aun cuando se encuentra inmerso en la prohibición establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 al presentar la reclamación el 12 de marzo de 2018. Finalmente reseña que *«para la fecha del traslado del aquí demandante, es decir 01 DE SEPTIEMBRE DE 1994, la obligación del fondo solo era la de brindar información y sería el afiliado quien determinaría a que fondo realizar sus aportes a pensión. Por lo que resulta desmedido exigir al Fondo privado que hubiere realizado una proyección pensional o imponer el deber de asesoría y buen consejo, pues No es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen».*

La convocada a juicio, **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** solicitó la revocatoria de la sentencia de primer grado, ante la ratificación del demandante en permanecer en el régimen de ahorro individual, derivado de la firma del formato de traslado de sistema y los movimientos horizontales, no siendo dable entender que *«ninguna de estas administradoras, al momento de realizar el trámite de afiliación, le hayan brindado ningún tipo de asesoría al demandante, máxime cuando este mismo en interrogatorio de parte reconoció conocía que su pensión se constituiría a partir del capital obrante en su cuenta de ahorro individual, y que conocía que tenía la posibilidad de retirar los fondos de su cuenta de ahorro individual a diferencia del régimen administrado por el ISS».* Agrega que para la anualidad en que el accionante realizó el traslado, no existía la obligación legal de documentar las asesorías, siendo posible consumarlas verbalmente, por lo que *«no resulta plausible que, transcurridos más de 24 años desde la afiliación inicial del accionante, este pretenda, mediante la demanda que nos convoca, que se les impongan a las administradoras demandadas allegar un documento diferente al formulario de afiliación para demostrar que esta goza de plena validez».* Concluye manifestando la imposibilidad en devolver los gastos de administración, la constancia



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de una buena fe en la afiliación y en que el desconocimiento de la Ley no genera vicio en el consentimiento.

A su turno, la llamada a debate **PORVENIR S.A.** reseñó que el traslado del promotor fue de forma libre, voluntario y consciente expresado *«en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación y de la decisión inequívoca del accionante de pertenecer al RAIS»*. Que contaba con la facultad de retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida bajo el art. 13 de la Ley 100 de 1993, artículo 2° de la Ley 797 de 2003 y Decreto 3800 de 2003, último que fue comunicado a sus afiliados a través de la publicación en el diario EL TIEMPO el 16 de enero de 2004, lo que demuestra la intención de permanencia, siendo prueba de ello *«los distintos traslados efectuados entre administradora, cuando bien pudo regresar al RPM»*. Arguye no ser acorde a las disposiciones la orden de devolución de gastos de administración y, en específico, lo que atañe a las restituciones mutuas cuando tales gastos ya se agotaron o extinguieron, por ser destinados para el cumplimiento de su objetivo. Y finaliza refiriendo que *«el juzgador de primera instancia realizó una apreciación errónea del deber de información al momento del traslado de régimen, toda vez que, precisó que se debió llegar al punto desanimar a la demandante de hacer su vinculación al Régimen de Ahorro Individual, pues bajo dicha tesis bien puede concluirse que el Régimen de Ahorro Individual es subsidiario al Régimen de Prima Media, situación contraria a lo establecido en la sentencia C-583 de 1996 y C-086 de 2002, en las que se definió que la existencia de un régimen público y uno privado no están en contra al principio de igualdad. Toda vez que, la finalidad del Sistema de Seguridad Social en Pensiones es cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte, para lo cual puso a competir a dos alternativas que, a pesar de ser excluyentes, tiene beneficios que son equiparables»*.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme la solicitud radicada el 12 de marzo de 2018, militante a folios 123.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y, en estricta consonancia con los reparos invocados por Colpensiones, Porvenir S.A., Old Mutual S.A. y el grado jurisdiccional de consulta, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por DAIRO GONZALEZ OSPINA al régimen de ahorro individual administrado en su entonces por HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A.

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia del documento de identificación del actor (fls.22), reporte de semanas cotizadas e historia laboral consolidada (fls. 103 a 112, 116 a 118),



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

reclamación administrativa, solicitudes y su respuesta (fls.120 a 125), expediente administrativo obrante en las demandadas. (fl.179, 217 a 248, 261 a 263, 294 a 297, 319 a 325) e interrogatorio de parte rendido por el actor (CD a folio 384).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que señaló *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»*

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes de que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas»*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha indicado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, señaló:

«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1°, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

*A juicio de esta Sala **no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria** cuando las personas **desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica**; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(...)*

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.

*Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que **la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla» (Acentúa la Sala).

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar:

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) 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; (iii) 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 (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de 3 de abril, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, momento en el que:

«... la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo bajo radicado 68838, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:

«En el orden planteado, serán resueltos los problemas jurídicos.»

1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, 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», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.º los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.

2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3° elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.°, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.° de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugué un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.º 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el párrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.º de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.
2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.
3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.
4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.
5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el párrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

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

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre 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.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

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

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, 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.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que 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 identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, 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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

TEORIA DEL CASO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Al analizarlas pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales con afiliación del 21 de enero de 1980, folio 116, para luego trasladarse al régimen de ahorro individual administrado, en su entonces, por la AFP HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. por fusión, el 7 de septiembre de 1994 con efectividad del 1° de octubre de esa anualidad (fl. 319 y 321), de manera posterior y en el interior de tal sistema, gestó los siguientes movimientos horizontales:

- A Colpatria el 16 de abril de 1997 (fl.320 vuelto).
- A la AFP Protección S.A. el 14 de enero de 1998 (fl. 261)
- A Horizonte S.A. el 8 de noviembre de 1999 (fl. 320)
- De nuevo a Protección S.A. el 6 de septiembre de 2000 (fl. 262).
- A Skandia S.A. el 8 de febrero de 2005 (fl 217).
- A Citicolfondos S.A. el 16 de noviembre de 2007 (fl.296)
- Retornando a Skandia S.A. el 12 de febrero de 2010 (fl. 218),
- Luego a Colfondos S.A. el 19 de julio de 2011 (fl. 294) y,
- Finalmente reingresando a Skandia S.A. hoy OLD MUTUAL S.A. el 17 de julio de 2013 (fl. 219).

Última administradora donde se encuentra actualmente realizando aportes al subsistema de seguridad social en pensiones (folios 221 a 244); supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura que la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 319).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativo y veraz en informar que para el año 1994 adelantó el traslado de régimen pensional por los datos concedidos a través del asesor de HORIZONTE S.A., quien se limitó a informar las ventajas del sistema de ahorro individual como el reconocimiento pensional a cualquier edad, los mejores derechos respecto del ISS, el cierre del seguro social y la potestad de hacer uso de los ahorros obrantes en la cuenta individual, sin detallar aun aspectos relativos a las cuantías para lograr una prestación pensional, las proyecciones comparativas, entre otras. Recalcó que los cambios entre AFPs derivaron de las disposiciones administrativas de la empresa donde laboraba quien era la que trasladaban los consultores, así como los posibles “*plus*” a su situación. Agregó que las diferencias exactas entre este y el régimen de prima media, fueron comprendidas hace aproximadamente dos años atrás (medio magnetofónico fl. 384).

De la declaración emanada por el representante legal de PORVENIR S.A.², se evidencia la realización de visitas a empresas para actualizar la información de la afiliación, misma que siempre se concedió verbalmente por inexistencia de regulación que compeliere a la guarda de datos y la ejecución con soportes. Razón por la cual, agrega no contar con probanza de su materialización, siendo la única constancia el formulario de afiliación. Aceptó que para la data de trasado inicial del accionante, contaban con oficina de cálculos y proyecciones actuariales.

Dimanando en que las probanzas arrimadas a las diligencias no son suficientes para probar el consentimiento informado y sin que medie otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias

² Folio *ibídem*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de dicho traslado; conducta omisiva que a todas luces demuestra una inducción en error a la activa por la AFP PORVENIR S.A., lo cual conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de antaño, se asimila al vicio del consentimiento por dolo, error en el objeto y de hecho (Art. 1508 y s.s del C.C.).

Por manera que, la administradora de fondos de pensiones HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. incurrió en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales del demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiario del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al ser su obligación suministrar la globalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

A lo que se suma que, aun con el uso de los formularios dispuestos por la Superintendencia Financiera para la calenda de traslado de GONZALEZ OSPINA, no relevaba a la administradora del régimen de ahorro individual en conceder al próximo afiliado la debida información y, de contera, probar tal tópico en el asunto jurisdiccional, tal como lo estableció la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia SL 4360 Rad. 68852 de 9 de octubre de 2019, con ponencia de la H. Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde adoctrinó:

*«El hecho de que la Superintendencia Financiera hubiese aprobado los formatos preimpresos válidos para afiliación, **de ninguna manera sustituye la obligación que tienen los fondos de pensiones de dar a conocer a los afiliados los riesgos y consecuencias del cambio de régimen**. En otras palabras, el uso del formulario no exime ni avala la omisión de los deberes impuestos por las leyes a las entidades administradoras; por tanto, **previo a la suscripción de este documento deben, en un acto responsable y comprometido con su función social, darles a conocer a los afiliados todas las implicaciones del traslado**» (acentúa la Sala)*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Suma señalar, que la omisión en la información veraz, oportuna y suficiente sobre las consecuencias del traslado, implícitamente engendran un vicio de consentimiento denominado dolo, como ya se advirtió, pues se indujo al afiliado en error en el traslado, indistintamente del tiempo que haya transcurrido luego de la movilidad de régimen o que se haya trasladado de AFP, pues, las personas se pueden mantener por largo tiempo engañadas, mientras no se les ponga en conocimiento el daño realmente sufrido, de ahí que se deba declarar la nulidad, la cual apareja indiscutiblemente la ineficacia del traslado como consecuencia lógica.

Por otra parte, para la Sala pertinente resulta traer a colación lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, SL13873-2014 y SL1452 de 3 de abril de 2019, en lo que refiere a las consecuencias o efectos de la nulidad o ineficacia del traslado, oportunidad en la que la Sala indicó:

«... la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4689-2018, 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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto».

Ahora, en lo que comporta al reparo elevado por los profesionales del derecho apelantes, en lo tocante a la imposibilidad de trasladar los gastos de administración de la cuenta individual de GONZALEZ OSPINA, esta Sala de Decisión indica de entrada la orfandad de prosperidad en su disidencia, en la medida que tal consecuencia es la materialización del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

precepto legal del artículo 1746 del Código Civil, que enseña como efectos de la declaratoria de nulidad el dar «a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo».

Lo anterior, también ha sido objeto de pronunciamiento por la H. Corte Suprema de Justicia, que en sentencia rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, con ponencia del H. M. Dr. Eduardo López Villegas, indicó:

«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.

*La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, **de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración...**»*

E igualmente lo adujo la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL13873-2014 con radicación No. 42500 del 8 de octubre de 2014 con ponencia del H. Magistrado Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, al señalar:

«En efecto, en la sentencia CSJ SL, 7 feb. 2006, rad. 25069, reiterada en CSJ, SL, 13 mar. 2012, rad. 39772, esta Sala dijo:

*«Del texto transcrito es razonable colegir que, **al determinar cuál de las vinculaciones a una entidad de seguridad social es válida** y cuáles no, la norma está precisando **la vinculación que produce efectos jurídicos** y, así no lo señale específicamente, de manera indirecta la entidad que debe tener a su cargo el reconocimiento de la prestación respectiva, que **lógicamente debe ser aquella respecto de la cual se haya hecho la vinculación que es legalmente admisible y llamada a producir consecuencias para el afiliado...**»*

(...)» (Aparte resaltado de la Sala)

Motivo por el cual, se *itera*, no se modificará la determinación en lo relativo a la devolución íntegra de todas las sumas percibidas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Se aclara que en lo demás, esta sentencia no le causa perjuicio a Colpensiones, pues el afiliado se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas están a cargo de Porvenir S.A., Old Mutual S.A. y Colpensiones por el resultado de la alzada y la ausencia de prosperidad en los reparos; se tasan como agencias en derecho la suma de \$600.000 para cada uno, líquidense en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 4 de marzo de 2020 dentro del proceso ordinario laboral seguido por **DAIRO GONZALEZ OSPINA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A.** y **OLD MUTUAL S.A.**, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO: Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas están a cargo de Porvenir S.A., Old Mutual S.A. y Colpensiones por el resultado de la alzada y la ausencia de prosperidad en los reparos; se tasan como agencias en derecho la suma de \$600.000 para cada uno, liquídense en primera instancia.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **RUTH ARSAYUS USCATEGUI** A NOMBRE PROPIO Y DE SU HIJO **WILLIAM HERNANDO VILLAMIZAR ARZAYUS** CONTRA **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** Y **SANDRA LUCIA GONZALEZ CACERES** (DECRETO NO. 806 DE 4 DE JUNIO DE 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y uno (31) días del mes de julio del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente **DECISIÓN ESCRITURAL**,

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: La señora **RUTH ARSAYUS USCATEGUI** actuando a nombre propio y de su hijo interdicto **WILLIAM HERNANDO VILLAMIZAR ARZAYUS**, a través de apoderado judicial, persigue se declare la calidad de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su cónyuge y padre *-respectivamente-* señor LUIS AGUSTIN VILLAMIZAR GÓMEZ, junto con la eliminación de tal título a LUIS AGUSTIN VILLAMIZAR ARZAYUS y SANDRA LUCIA GONZALEZ CÁCERES; como consecuencia de lo anterior, se conde al pago de las mesadas adicionales de junio y diciembre, intereses moratorios o, en subsidio, indexación de las sumas adeudadas y costas procesales (folios 58 y 59-expediente digital).

Fundamenta su *petitum* en los supuestos de facto relatados a folios 56 a 58 de las diligencias *-Expediente Digital -*, que en síntesis advierten que el 9 de abril de 1967 contrajo matrimonio con Luis Agustín Villamizar Gómez, del cual nacieron William Hernando y Luis Agustín Villamizar Arsayus, enlace que perduró, en principio, hasta el año 1987 dado que el 8 de enero de 2013 y hasta la dada de fallecimiento de VILLAMIZAR GOMEZ el 26 de noviembre de 2016, reiniciaron la relación compartiendo techo, lecho y mesa con continua cohabitación, y haciendo caso omiso a la cesación de efectos civiles del matrimonio católico que careció de liquidación de la sociedad conyugal. Aduce que el 16 de febrero de 2015 el pensionado fallecido radicó ante CAPRECOM, solicitud para que SANDRA LUCIA GONZALEZ no fuera catalogada como beneficiaria de la prestación pensional, lo que igualmente invocó a la EPS SANITAS buscando el retiro de los servicios médicos. Señala que mediante Resolución 10630 de 16 de marzo de 2017 la UGPP no concedió la pensión de sobrevivencia por hallarse controversia entre la convocante, Sandra Lucia González Cáceres y los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

hijos de la primera. Que a través de proveído emitido el 20 de noviembre de 2017 el Juzgado Cuarto de Familia de Oralidad de Cúcuta, dispuso la interdicción definitiva de William Hernando Villamizar Arsayus como hijo del causante y nombrando como curadora a ARSAYUS USCATEGUI. Concluye relatando que el 25 de octubre de 2017 la señora GONZALEZ CACERES presentó demanda para la concesión de la pensión por sustitución, proceso al que radicó desistimiento con retiro del escrito inicial y que cuenta con aceptación del Juzgado 3° del Circuito Laboral.

CONTESTACIÓN:

Mediante proveído del 7 de marzo de 2019, el Juzgado de Conocimiento dispuso tener por no contestada la demanda respecto de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, folios 266 del Exp. digital.

A su turno, la *interviniente ad excludendum* **SANDRA LUCIA GONZALEZ CACERES** contestó el *libelo introductor* manifestando, en síntesis, su oposición a las pretensiones incoadas por considerar que fue ella, como compañera permanente, con quien convivió el pensionado LUIS AGUSTIN VILLAMIZAR GÓMEZ desde el 15 de enero de 2005 y hasta el deceso del citado derivado de una enfermedad, de la cual se valió la activa para radicar las solicitudes de exclusión como beneficiaria. **Excepciones:** propuso como medio exceptivo el denominado inexistencia de la prolongación de la unión, folios 78, 112 a 117, 265 – Exp. digital.

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 17 de junio de 2020, resolvió **absolver** a la **UGPP** de todas y cada una de las pretensiones invocadas por RUTH ARSAYUS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

USCATEGUI; **declarar** que SANDRA LUCIA GONZALEZ CACERES no acreditó su vocación para acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y, sin costas en la instancia (audiencia virtual – exp. digital).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, ante la calidad de compañeras permanentes de ambas reclamantes, por aceptación de la cesación de efectos civiles del matrimonio católico de la demandante, lo propio era demostrar la convivencia con el pensionado los 5 años anteriores a su fallecimiento ocurrido el 26 de noviembre de 2016, lo cual no ocurrió. En lo que atañe a ARSAYUS USCATEGUI menciona que se encontró una convivencia desde el año 2015 pero derivado de los cuidados del causante, sin que desde la separación y por 25 años sostuvieran una relación afectiva. Referente a Sandra Lucia González alude que se encuentra el nexo según declaración rendida por Luis Villamizar el 12 de septiembre de 2006, donde comunicaba su inicio 2 años antes, pero sin existir pruebas de hasta cuando perduró, más al ser retirada del servicio de salud en el año 2015 por decisión del pensionado y quien mismo refirió no tener la calidad hoy invocada.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte interviniente SANDRA LUCIA GONZALEZ CACERES elevó recurso de apelación contra la anterior determinación manifestando en síntesis como motivos de disidencia, que si bien *«existió una unión y se encuentra legalmente probada entre el años 2006 y 2015»* sin acreditarla para el año 2016, lo cierto es que convivieron 10 años y por esa razón tiene derecho a un porcentaje de la mesada pensional al tenor del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, dando paso a la modificación del fallo de instancia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: No se presentaron los alegatos en el término conferido para ello.

Parte demandada: La convocada a juicio, **UGPP**, refirió que los actos administrativos emitidos gozan de legalidad por encontrar soporte con el acervo probatorio allegado y la normatividad del asunto. Agrega que no se cumplen los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivencia por las reclamantes, *«toda vez que no es posible declarar la existencia de un derecho pensional sin el cumplimiento total de los requisitos exigidos para el reconocimiento mismo; lo que en el caso puntual se traduce en que en el estudio de solicitud pensional, así como en el curso del juicio de primera instancia, no se acreditó por parte de la demandante ni de la señora Sandra Lucia Cáceres, el requisito de convivencia mínima de 5 años continuos y vida marital con el causante hasta la fecha de su muerte»*, dimanando en la necesaria confirmación del fallo de primera instancia.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las excepciones del contestatario, las manifestaciones esbozadas por el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Juez de Conocimiento, el recurso de alzada elevado por SANDRA GONZALEZ CACERES y el grado jurisdiccional de consulta a favor de RUTH ARSAYUS USCATEGUI, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si la accionante, de manera conjunta con la interviniente *ad excludendum*, son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes con ocasión a la muerte de LUIS AGUSTIN VILLAMIZAR GÓMEZ (q.e.p.d.) y, de corroborarse lo precedente, concretar el monto mesada pensional.

PENSION DE SOBREVIVIENTES

Con miras a resolver la Litis planteada, la Sala de Decisión analiza el acervo probatorio legalmente recaudado en el plenario de conformidad con el artículo 60 y 61 del C.P.L. y de la S.S., en especial, copia del documento de identificación, partida de bautismo y registro civil de nacimiento de la accionante (fls. 3, 6, 9²), registro civil de defunción y nacimiento de Luis Agustín Villamizar Gómez (fl. 5 y 8), acta de matrimonio (fl.7, 11), solicitud sin firma dirigida a CAPRECOM y EPS SANITAS (fl.12 a 16), declaraciones extra juicio (fl.18, 29, 238 a 249), reclamaciones pensionales (fl.20 a 24), copia de documento titulado *Prestación del Servicio Exequial* y remisión a la UGPP (fl.26 a 28), certificado de la EPS SANITAS (fl.29), proceso de interdicción judicial respecto de William Hernando Villamizar Arsayus y registro civil de nacimiento (fl.30 a 39), acta de notificación y copia de las Resoluciones RDP 043771 de 22 de noviembre de 2017, RDP 037126 de 27 de septiembre de 2017 y ADP 006567 de 31 de agosto de 2017 (fl. 40 a 54), formato de entrevista a solicitante (fl.120 a 126), copia de exámenes e historia clínica de Luis Agustín Villamizar Gómez (fl.128 a 231), comunicaciones de SANITAS EPS (fls.232), solicitud de inscripción y formulario a Sanitas EPS (fls.233 y 234), documentos

² La foliatura que se relaciona en todas las pruebas concierne al expediente digital.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

contentivos de recursos de ley (fls.236 y 237), informe de seguridad adelantado para el reconocimiento de pensión de sobrevivientes (fls.285 a 319), expediente administrativo obrante en la pasiva (archivos *FL 69 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO* y *FL. 173 EXP. ADTIVO CAUSANTE*) y testimonios absueltos por María Celina Villamizar Chaparro y Adelaida Pérez Estives (audiencia virtual *FL. 341 AUDIENCIA ART. 80*); probanzas de las cuales se colige, que LUIS AGUSTIN VILLAMIZAR GOMEZ falleció el 26 de noviembre de 2016, folio 5, a quien le fue reconocida pensión de jubilación por CAPRECOM mediante la Resolución No. 2962 de 7 de julio de 1981 en cuantía de \$27.490,66 y reajustada en suma de \$42.121,28 a partir del 1° de enero de 1985 (fl.46), misma que fue sustituida en Acto Administrativo No. ADP 006567 de 31 de agosto de 2017³ a su descendiente WILLIAM HERNANDO VILLAMIZAR ARSAYUS, a partir de la fecha de fallecimiento de su progenitor y en porcentaje del 50% de la mesada que aquel devengaba. Supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes procesales, en esta segunda instancia.

Así las cosas, esta Sala procede a desarrollar el *sub judice* planteado en líneas anteriores, no sin antes precisar que respecto a la prestación pensional, deprecada en el *libelo*, diferente a las pensiones de vejez e invalidez, el causante y el posible beneficiario de la prestación deben cumplir separadamente dos clases de requisitos, a saber, al *de cujus* le correspondía dejar reconocido el derecho a la pensión bien de vejez o invalidez, o una densidad de semanas de cotización, y por su parte, los beneficiarios deben acreditar su cualificación legal, ello es, demostrar mediante prueba idónea su calidad respecto del causante junto con el tiempo de convivencia exigido por la norma regente en tratándose de la cónyuge y/o compañera permanente de afiliado (sentencia SL 1730-2020), o la dependencia económica cuando se refiere a progenitores e

³ Folio 50 y expediente administrativo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

hijos discapacitados; aclarando que ambos pedimentos deben concurrir para la causación de la pensión de sobrevivientes.

Es menester precisar que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha determinado que es la fecha de fallecimiento del pensionado o afiliado la que fija la norma aplicable al caso bajo estudio, siendo ésta el 26 de noviembre de 2016 como da cuenta el certificado de defunción obrante a folio 5, motivo por el cual, le es aplicable el régimen previsto en el artículo 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, norma que estipula:

«**ARTÍCULO 12.** El artículo [46](#) de la ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. . Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

(...)

ARTÍCULO 13. Los artículos [47](#) y [74](#) quedarán así:

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- a) *En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, **tenga 30 o más años de edad.** En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*

(...)

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;» (Resalta fuera de texto)

De cara a lo anterior, y como se indicó de manera antepuesta, del diligenciamiento se evidencia la consumación del derecho pensional



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

por LUIS AGUSTIN VILLAMIZAR GÓMEZ con bastante antelación a su deceso, a saber, desde la Resolución No. 2962 de 7 de julio de 1981 emitida por CAPRECOM, hoy su pagadora UGPP, lo que dio paso a la sustitución a favor de su hijo en condición de invalidez, cumpliéndose en esa medida con el primer lineamiento normativo.

Ahora, en lo que respecta a la cualificación legal de las posibles beneficiarias y ahora reclamantes jurisdiccionales, señoras Ruth Arsayus Uscategui y Sandra Lucia González, como segundo requisito para adquirir la prestación pensional de sobrevivientes, necesario es informar que si bien desde el escrito *introdutorio* la activa señala ser cónyuge supérstite del causante, lo cierto es que fue ella quien en los supuestos fácticos del escrito introductor confiesa la cesación de efectos civiles del matrimonio católico en 1987, consumando así los presupuestos para tener por cierto tal tópico al tenor del artículo 193 del CGP⁴, aplicable por analogía a la especialidad ordinaria en su especialidad laboral, razón por la cual, resulta evidente que la señora ARSAYUS USCATEGUI no ostenta la calidad que alega y, de contera, implica desusar el criterio jurisprudencial de la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral desde la sentencia Rad. 40055 de 2011 que, en síntesis, adocina la concesión de la prestación a la cónyuge que demuestre 5 años de convivencia en cualquier tiempo, siempre que el vínculo permanezca incólume, ello es, sin cesación de efectos civiles o divorcio.

Razón por la cual, esta Sala de Decisión entrará a dilucidar si, pese a la disolución del enlace matrimonial, la pareja VILLAMIZAR - ARSAYUS continuó la convivencia de manera continua e ininterrumpida como compañeros permanentes y, por lo tanto, es acreedora de la prestación

⁴ «La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

económica por sobrevivencia, debiendo entonces demostrar que al 26 de noviembre de 2016 contaba con 5 años de convivencia.

De esta manera, torna indispensable recordar que las Altas Cortes han señalado que la idea fundamental del constituyente y del legislador, al estatuir la figura de la prestación pensional por muerte, fue amparar a aquellas personas que compartiendo lazos de cariño, respeto y apego con el causante derivados de una convivencia y, que en razón a su deceso, se vieran afectadas económica, emocional y espiritualmente, pudieran sobrellevar la carga material y espiritual con apoyo del auxilio o rubro constituido por el causante, bien como pensionado o afiliado, velando de dicha manera por el bienestar de las personas desamparadas a causa de un hecho ajeno a su voluntad, como lo es la muerte.

Así mismo, resulta oportuno y necesario manifestar que la categorización de “*compañera permanente*” no exige como lineamiento taxativo la demostración del título legal en tal sentido, como lo sería el acta, sentencia o escritura pública que declare la unión marital de hecho, en tanto, en los asuntos del trabajo y de la seguridad social cuando se prevé la protección de la familia en su más amplia concepción, ha de verificarse aquellos tratos de afecto, apego y cariño que en el transcurrir del tiempo demuestren la creación de nuevos lazos, tal como lo definió la Corte de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia SL 1618 de 2018⁵.

Por manera que, con el propósito identificado en momentos anteriores, se advierte respecto de RUTH ARSAYUS USCATEGUI que, pese a aludir en el curso del asunto judicial que su nexo perduró de manera invariable, superando aun el cese de efectos del matrimonio católico, lo

⁵ «... *la condición de compañero (a) permanente; pues esto último se configura con la vida común de dos personas y su decisión consciente de unirse para conformar una familia*» (acentúa la Sala).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cierto es que tal dicho no solo carece de medio probatorio que lo soporte, sino que desdice aun de las mismas manifestaciones consumadas en la demanda al mencionar en el hecho segundo que para «el 08 de enero del año 2013 la señora Ruth Arsayus y el señor Luis Agustín Villamizar Gómez, volvieron a ser pareja compartiendo techo, lecho y mesa, cohabitando de manera continua», aspecto que de contera ratifica la ausencia de elementos de convicción para establecer el lapso de 5 años que reclama la norma que gobierna el asunto.

A lo precedente se suma, que en la investigación adelantada por la UGPP para efectos de determinar la procedencia de la prestación, la demandante manifestó a folio 290 del expediente digital, que:

«la convivencia con el causante fue permanente hasta el año 1987, año en que decidieron separarse. Luego, ella se radicó en el país de Venezuela y el señor Luis Agustín Villamizar Gómez contrajo matrimonio con una señora llamada Ruth Betulia González Cáceres, con quien convivió hasta 1998, año en que ella falleció.

Lo señora Ruth Arsayus Uscategui informó que luego del fallecimiento de la esposa del causante, él se quedó viviendo solo en compañía de la empleada de servicio Adelaida Pérez.

Aseguró que en enero de 2015, debido al delicado estado de salud del causante, ella tornó lo decisión de regresar a Colombia y radicarse con el señor Luis Agustín, en el barrio Ceiba II de la ciudad de Cúcuta durante unos meses. Luego, se trasladaron a la Avenida libertadores y finalmente a la Urbanización Tasajero (...)

Dio a conocer que el último año que compartieron bajo el mismo techo, se tomó lo decisión de realizar un documento de convivencia en unión libre, para así poderla afiliar a ella como beneficiara al servicio de salud del causante» (acentúa la Sala)

Circunstancia corroborada por la deponente Adelaida Pérez Estives⁶, quien señaló haber prestado sus servicios personales como trabajadora domestica a órdenes del pensionado desde el año 1991, momento en el cual LUIS AGUSTIN VILLAMIZAR se encontraba casado con Ruth González quien falleció en el año 1998. Que por su nexa laboral conoció a la accionante como «la mamá de sus hijos» dado que «ella iba a visitar a su

⁶ Audiencia a folio 341.



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

hijo que era discapacitado» para la realización de chequeos médicos, siendo sólo desde el estadio de gravedad en la enfermedad del causante, al perder la visión en el año 2015, que la activa llegó de Venezuela para cuidarlo pues en ese país ella «cuidaba señores enfermos, viejitos».

Hechos atentados en idénticos parámetros por la hermana del causante en la investigación administrativa (folio 291), señora ALIX BEATRIZ VILLAMIZAR De GIRÓN, al comunicar tal legajo que *«los implicados tuvieron una separación por más de 15 años, pero debido a la enfermedad de su hermano, los últimos dos años de vida del causante, la señora Ruth Arsayus Uscategui, lo cuidó en su enfermedad»*. Sin que se encuentre eco en las manifestaciones de la testigo María Celina Villamizar Chaparro en condición de amiga de la demandante (audiencia virtual a fl.341), pues anunciando que no se presentó separación entre la mencionada pareja siendo vehemente en la comunidad de vida y compañerismo, lo cierto es que ello no solo contradice las mismas manifestaciones de ARSAYUS USCATEGUI, sino que deriva de su propia declaración al acotar que conoció al *de cujus* en el año 2014 por presentación de RUTH, cuando esta aún no había arribado a Colombia, perdiendo completa fuerza probatoria su dicho.

En lo que atañe a la prueba documental, únicamente ofrece ilustración respecto del tópico bajo análisis, la historia médica expedida por la Clínica Santa Ana S.A. por el lapso del 2013 al 2016 donde, solo para la última data, se señala la existencia de acompañante a título de esposa, en específico, para las calendas de 26 de junio, 22 de julio y 26 de noviembre de 2016 (folios 214, 218 y 230), en la medida que las restantes dan cuenta de un estado civil como soltero del señor VILLAMIZAR GÓMEZ, pero, sin hacer referencia a nombre del familiar.

Ahora, referente a la segunda reclamante, señora SANDRA LUCIA GONZALEZ CACERES, nada disímil dista a las resultas ya anunciadas, no solo porque en el mismo recurso de apelación acepta no contar con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

tiempo de convivencia para los momentos anteriores al fallecimiento de LUIS AGUSTIN VILLAMIZAR, a saber, hasta el año 2015.

Sino que tal requisito normativo no debe encontrarse ajeno o desconocido al derecho que busca, como pretende entenderlo en la alzada, pues bajo la norma aplicable en el *sub examine* es innegable que el tiempo de convivencia momentos inmediatamente antes a la muerte del pensionado es, precisamente, el origen y fundamento del derecho a sustituir, como lo adoctrinó en la providencia SL 1730 de 2020 emitida por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, así:

«Como consecuencia de la nueva integración de la Sala, se considera oportuno reevaluar la referida posición jurisprudencial, para sentar una nueva doctrina frente a la correcta interpretación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que se armonice con los fines del Sistema Integral de Seguridad Social en general, y de la pensión de sobrevivientes en particular, así como con las razones que llevaron a establecer el requisito mínimo de convivencia allí previsto, y conforme a ellas, bajo qué presupuesto debía operar.

(...)

Por otra parte, al analizar la constitucionalidad del aparte de la disposición que ocupa la atención de la Sala, en la sentencia CC C-1094-2003, la referida Corporación señaló:

2.3. Requisitos y beneficiarios de la pensión de sobrevivientes

*Esta Corporación se ha pronunciado acerca de la finalidad y legitimidad de los requisitos de índole temporal o personal que señale el legislador para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Según lo expuesto en la sentencia C-1176 de 2001, **es razonable suponer que las exigencias consignadas en los artículos demandados buscan la protección de los intereses de los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece, ante la posible reclamación ilegítima de la pensión por parte de individuos que no tendrían derecho a recibirla con justicia. Igualmente suponer que el señalamiento de exigencias pretende favorecer económicamente a matrimonios y uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de permanencia; también se ampara el patrimonio del pensionado, de eventuales maniobras fraudulentas realizadas por personas que sólo persiguen un beneficio económico con la sustitución pensional. Por esto, dijo la Corte, con el establecimiento de tales requisitos se busca desestimular la ejecución de conductas que pudieran dirigirse a obtener ese beneficio económico, de manera artificial e injustificada.***

(...)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En relación con los cargos formulados, la Corte encuentra que, en principio, la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes.

(...)

Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada, así:

(...)

*Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de **afiliados** al sistema no pensionados, y la de **pensionados**, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.*

(...)

Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado»

A lo anterior se suma, que tal rango temporal reclamado por ese extremo tampoco encuentra soporte en la realidad probatoria que integra el diligenciamiento. Pues si bien existe declaración extrajuicio rendida por el *de cujus* y la *petente* el 12 de septiembre de 2006, folio 249, donde aluden que:

*«Manifiesta bajo la gravedad de juramento el señor **LUIS AGUSTIN VILLAMIZAR GOMEZ** que desde hace dos (2) años convive bajo el mismo techo de forma singular y permanente con **SANDRA LUCIA GONZALEZ CACERES**. Acto seguido manifiesta bajo la gravedad de juramento la señora **SANDRA LUCIA VILLAMIZAR GOMEZ** (...) quien depende económicamente de su compañero permanente»*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Lo cierto es que aquella únicamente da cuenta de la existencia de la relación para el estadio temporal de la suscripción del referido documento y por los dos años anteriores, ello es, desde el 12 de septiembre de 2004. Declaración que junto con la inscripción en el formulario a la EPS SANITAS del 15 de septiembre de 2006 dan paso a corroborar el vínculo, pero sin un marco temporal posterior que añadan a tales calendas momentos de convivencia o compartir como pareja, máxime cuando es aquella quien desconoce en la contestación de la demanda el documento de retiro de la EPS, mencionando que fue gestado por la activa.

Tales conclusiones fueron objeto de relató por la testigo ADELAIDA PEREZ, al narrar que vio en muy pocas ocasiones a la reclamante y sólo para el año 2000, la cual asistía para que el pensionado fuera fiador del progenitor de aquella, sin detallar una relación sentimental o afectiva, sin pernoctación en el hogar de VILLAMIZAR GOMEZ y sin que ella fuera vista en los momentos de enfermedad de aquel.

Finalmente, llama la atención de esta Colegiatura que refiriendo en el cuerpo del *libelo contestatario* que su nexa no encontró separaciones y que cuidó en el curso de la enfermedad al pensionado VILLAMIZAR GOMEZ, lo cierto es que no conocía aun las patologías que padeció aquel ni la causa de su deceso, como se detalla en la investigación administrativa a folio 293, al manifestar que *«dio a conocer que el causante falleció el 26 de noviembre de 2016 de varias complicaciones de salud en la clínica Santa Ana, de la ciudad de Cúcuta. Sin embargo, no tiene conocimiento del motivo exacto de su muerte y tampoco claridad sobre el remite exequial»*.

Así las cosas, respecto al punto dilucidado y de un análisis en conjunto del material probatorio recaudado, preciso es señalar la inexistencia del vínculo sentimental por unión marital de hecho entre el causante y Sandra Lucía González Cáceres, para los años anteriores al deceso, derivado de las anotadas imprecisiones que permiten patentizar la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ausencia de convivencia para, por lo menos, el año anterior al deceso de LUIS AGUSTIN VILLAMIZAR.

Circunstancia que cobija a la activa, pues no solo carece del tiempo de convivencia, sino que no existe prueba fehaciente de una relación sentimental desde la data de su traslado en el año 2015 y hasta el 26 de noviembre de 2016, máxime cuando, de todas las anotaciones incluidas en la historia médica se refiere la existencia de pérdida de capacidades cognitivas por isquemia cerebral a partir de la anualidad 2015 en el haber de VILLAMIZAR GÓMEZ, lo que impide colegir la persistencia temporal de una convivencia que aperture el camino para aquella relación sentimental establecida en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, a fin de catalogarla como beneficiaria de la prestación perseguida a voces de la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia SL 1618 de 2018, al referir como parámetro fundamental para la construcción de «...la condición de compañero (a) permanente; pues esto último se configura con la vida común de dos personas y su **decisión consciente** de unirse para conformar una familia» (acentúa la Sala).

Dimanando de lo anterior que, en efecto, ninguna de las solicitantes lograron demostrar aquella comunidad de vida que prescribe la norma regente del asunto, dando fe de aspectos palpables de la relación integrados por afecto, apoyo y cuidado mutuo, con ánimo de comunidad de vida o convivencia constante y con la intención de forjar una familia a partir del compartir efectivo, propio de estos vínculos y hasta la data de fallecimiento del pensionado; por lo que, claro es que se no cumple el presupuesto del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003.

Conduciendo a la confirmación del fallo de primer grado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A-quo*. En esta segunda instancia las costas estarán a cargo de la recurrente, ante la ausencia de prosperidad en la alzada, fijando como agencias en derecho la suma de \$400.000, liquídense en primera instancia.

En mérito a lo expuesto **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., SALA LABORAL**, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública celebrada el 17 de junio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **RUTH ARSAYUS USCATEGUI** contra **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** y **SANDRA LUCIA GONZALEZ CACERES**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A-quo*. En esta segunda instancia las costas estarán a cargo de la recurrente, ante la ausencia de prosperidad en la alzada, fijando como agencias en derecho la suma de \$400.000, liquídense en primera instancia.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.

1

SALA LABORAL

**PROCESO ORDINARIO LABORAL – DE – JOSÉ IGNACIO MORENO ÁVILA -
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el debido respeto, me permito **aclarar el voto parcial**, en la decisión proferida dentro del proceso de la referencia en lo atiente al incremento por personas a cargo, toda vez que, si bien estoy de acuerdo con la absolución de la demandada sobre este aspecto, lo cierto es que la misma debió darse de acuerdo a lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia SU – 140 de 2019, en la que estableció, que los incrementos por personas a cargo perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho al mismo con anterioridad a la expedición de tal normatividad, situación ésta que no es la de la demandante.

De suerte que, al acogerse el criterio expuesto por la Corte Constitucional en el proveído en comentario, la misma constituye **doctrina constitucional vinculante y de obligatorio cumplimiento**, en los términos de la Ley 153 de 1887.

En los anteriores términos, dejo consignada mi aclaración de voto.

Cordialmente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Alferdo Barón Corredor', is written over a rectangular stamp area.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.

1

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO LABORAL - DE - EDELMIRA RAMÍREZ DE GARZÓN CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

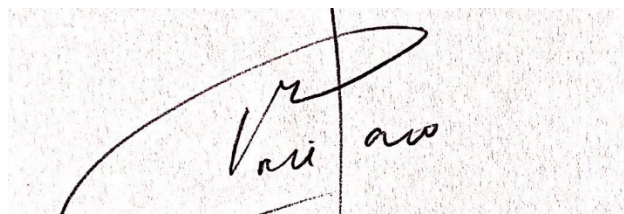
ACLARACIÓN DE VOTO

Con el debido respeto, me permito **aclarar el voto**, en la decisión proferida dentro del proceso de la referencia, toda vez que, si bien estoy de acuerdo con la absolución de la demandada, lo cierto es que la misma debió darse de acuerdo a lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia SU – 140 de 2019, en la que estableció, que los incrementos por personas a cargo perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho al mismo con anterioridad a la expedición de tal normatividad, situación ésta que no es la de la demandante.

De suerte que, al acogerse el criterio expuesto por la Corte Constitucional en el proveído en comento, la misma constituye **doctrina constitucional vinculante y de obligatorio cumplimiento**, en los términos de la Ley 153 de 1887.

En los anteriores términos, dejo consignada mi aclaración de voto.

Cordialmente,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.