



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y FALLO CELEBRADA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **HÉCTOR ACOSTA GARCÍA** 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 veintinueve (29) días del mes de octubre 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 **Elizabeth Gutiérrez Ortiz** identificada con cedula de ciudadanía No. 31.486.436 y tarjeta profesional 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.

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

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **HÉCTOR ACOSTA GARCÍA**, promovió demanda ordinaria laboral a través de apoderado judicial en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, para que previo proceso ordinario laboral se condene a la enjuiciada al reconocimiento y pago de la reliquidación pensional, teniendo en cuenta los salarios sobre los cuales efectivamente cotizó durante los últimos diez años anteriores al cumplimiento de la edad prevista en la ley para acceder al derecho pensional y en aplicación de una tasa de reemplazo del 78%, a partir del 28 de agosto de 2010; así como a las costas y agencias en derecho. (fl. 4)

Respalda el *petitum* en los hechos visibles a folio 5 del expediente, en los que en síntesis advierte, que le fue concedida por parte del Instituto de los Seguros Sociales la pensión de vejez a partir del 27 de agosto de 2010; que para el cálculo del IBL la entidad pensional tuvo en cuenta el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años; que conforme al cálculo actuarial que adjuntó al escrito demandatorio el IBL sobre el cual se debió calcular la prestación pensional asciende a la suma de \$980.933, lo que arroja una mesada para el 28 de agosto de 2010 de \$765.127; que solicitó ante Colpensiones la reliquidación de su prestación pensional el 15 de abril de 2016; que mediante Resolución GNR 163521 de 1° de junio de 2016, la encartada reliquidó la prestación pensional; que en el término concedido interpuso los recursos de ley ante el reajuste prestacional efectuado; que mediante Resoluciones GNR 200905 de 7 de julio de 2016 y VPB 34318 de 31 de agosto de 2016, se negó confirmó el acto administrativo recurrido.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONTESTACIÓN la accionada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar en síntesis, que la prestación pensional le fue reconocida al demandante de conformidad a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, así mismo señaló, que al verificar el aplicativo de reconocimientos pensionales se encontró que el accionante percibía una mesada de \$806.541 pesos para el año 2016, valor que se ajusta a derecho en atención a las normas que regulan la materia. **Excepciones:** Formulo como medios exceptivos los que denomino inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la innominada. (fl. 51 a 58).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio el Juzgado Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 17 de junio de 2020, resolvió **declarar** probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por la demandada; **absolver** a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra y **condenar** en costas a la parte demandante. (Cd. Fl. 65).

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante **HÉCTOR ACOSTA GARCÍA**, elevó recurso de apelación contra la anterior determinación, en el que afirma como motivos de disidencia, que si bien es cierto, como lo adujo el despacho, no puede pretenderse que la reliquidación se conceda desde el año 2010, lo que si es cierto es que toda reliquidación debe partir desde el año desde el cual se causa el derecho indistintamente a que prescriban o no las mesadas pensionales, suma a ello, que el fallo que cita el sentenciador de primer grado para dar sustento a la sentencia impugnada, no se ajusta a los presupuestos del proceso que hoy se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

debate. Por último, señala que conforme a los argumentos que expuso en los alegatos de conclusión, la metodología que se debió adelantar para liquidar la prestación pensional es aquella prevista por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, que resulta ser la misma que aportó como medio probatorio al expediente.

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: En la oportunidad procesal otorgada, la parte demandante allegó escrito de alegaciones finales, en el que en suma peticiona, que se surta el grado jurisdiccional de consulta como quiera que así fue solicitado en el recurso de apelación ante el juez de primer grado, así mismo, ruega por la revocatoria de la sentencia recurrida, al considerar que pese a no contar con la liquidación que elaboró el *a quo*, se puede inferir que los tiempos que tomo el sentenciador de primera instancia para liquidar el IBL serían aquellos correspondientes a los 10 últimos años calendario, anteriores al cumplimiento de la edad mínima para acceder al derecho, incluyéndose así los periodos 1990, 1991, 1992 y 1998, anualidades en las cuales no prestó servicio alguno ni efectuó cotizaciones a la seguridad social en pensión.

Parte demandada: A su turno, la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones**, recorrió el traslado para alegar de conclusión, oportunidad en el que solicitó la absolución de las pretensiones incoadas en el escrito de demanda, al considerar, que en el caso bajo estudio se dio aplicación a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, en lo atinente la tasa de remplazo, y en lo referente al IBL, el mismo tuvo como fundamento lo previsto en el artículo 36 de la Ley



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

100 de 1993, lo que conlleva a que la prestación se haya reconocido bajo los lineamientos que la ley prevé para tal efecto.

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

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 constata de la documental obrante a folios 9 a 32, consistente en solicitud de reliquidación pensional y actos administrativos que desatan las aspiraciones del actor.

PROBLEMA JURIDICO

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 66A del C.P.T y la S.S le corresponde a esta Sala entrar a establecer si al demandante le asiste el derecho a la reliquidación pensional, teniendo en cuenta para ello los salarios efectivamente devengados durante los últimos 10 años anteriores a cumplir la edad para acceder al derecho pensional, ello por cuanto al sentir del actor, existe error al momento de indexar y liquidar el IBL que sirvió de base para reconocer la prestación económica.

Previo a resolver el problema jurídico planteado en líneas anteriores, considera la Sala necesario resolver la petición del demandante en torno al estudio en sede de instancia del grado jurisdiccional de consulta a su favor, por cuanto así lo peticionó en recurso de alzada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Para resolver, basta con indicar que el artículo 69 del C.P.T., y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, dispone que:

«Además de estos recursos existirá un grado de jurisdicción denominado de “consulta”.

Las sentencias de primera instancia, cuando fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario serán necesariamente consultadas con el respectivo Tribunal si no fueren apeladas.

También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante. En este último caso se informará al Ministerio del ramo respectivo y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al superior»

De la norma antes transcrita, surge patente que el grado jurisdiccional de consulta opera única y exclusivamente cuando la sentencia de primera instancia resulta completamente desfavorable a las aspiraciones del demandante, siempre que no sea interpuesto el recurso de apelación, así mismo, también serán consultadas las sentencias de primer grado, en el evento en que aquellas resulte adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante.

Para el caso bajo estudio, como quiera que el demandante interpuso, en la oportunidad procesal concedida, el recurso de apelación frente a la providencia que negó las pretensiones de la demanda, mismo que fue debidamente sustentado y concedido, es que surge la imposibilidad de surtirse en esta segunda instancia el citado grado jurisdiccional de consulta a su favor.

STATUS DE PENSIONADO

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor HÉCTOR ACOSTA GARCÍA, pues es patente que mediante la Resolución 108846 de 12 de mayo de 2011, le fue reconocida la pensión de vejez a partir



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

del 27 de agosto de 2010, aspecto que se corrobora con la documental obrante a folios 16 a 19 del informativo. Del mismo modo se puede constatar que mediante Resolución GNR 163521 de 1° de junio de 2016, le fue reliquidada la prestación al accionante a partir del 15 de abril de 2013, en aplicación del Decreto 758 de 1990, al ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

Al no existir discrepancia respecto de la calidad de beneficiario del régimen de transición del demandante, resta por establecer si le asiste derecho al actor a la reliquidación de su pensión, acorde a lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, aplicando una tasa de reemplazo del 78% y teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante los últimos 10 años, debidamente indexados, como lo plantea en el *libelo* introductor.

Así, en aras de desatar el objeto de la Litis planteada, se debe tener en cuenta que la tasa de reemplazo a aplicar para las personas beneficiarias del régimen de transición, no es otra que la contemplada en la norma anterior llamada a regir el caso. En tal medida, se tiene que el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, establece que la tasa de reemplazo para pensiones de vejez corresponde al 45% del salario base mensual, incrementado en un 3% por cada 50 semanas cotizadas con posterioridad a las primeras 500 semanas.

Bajo esta óptica, se advierte que en el resumen de semanas cotizadas por el demandante aparecen reflejadas una densidad de 1.079,57 semanas (fl. 14 y 15), lo que implica que la tasa de reemplazo a aplicar es del 78%, como acertadamente lo dispuso la entidad convocada a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

juicio en la Resolución 108846 de 12 de mayo de 2011, y posteriormente en la Resolución GNR 163521 de 1° de junio de 2016. Una vez dilucidada la tasa de reemplazo, es del resorte de la Corporación establecer si el IBL fue debidamente calculado. Sobre el particular, encontramos que a las personas beneficiarias del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, les asiste el derecho a que su pensión les sea liquidada, en caso tal de que les faltaren menos de 10 años para pensionarse, a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, con el promedio del tiempo que les hiciera falta para ello, o lo devengado durante todo el tiempo laborado. Con todo, en caso de que les faltare más de 10 años para pensionarse, por disposición del artículo 21 de la ley 100 de 1993, el IBL deberá ser calculado con el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión o durante toda la vida laboral, en este último evento, siempre que cuenten con más de 1250 semanas cotizadas. Criterio que ha sido asentado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, recientemente reiterado en la sentencia SL4783 de 2018, cuando indicó:

«Esta Corporación, en múltiples decisiones, ha insistido que el ingreso base de liquidación de aquellas personas beneficiarias del régimen de transición que les faltaban más de 10 años para adquirir el derecho pensional a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, se debe calcular conforme a los postulados del artículo 21, ellas en sentencia SL13652-2015, que reiteró lo dicho en la CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 43336, enseñó:

(...) Por manera que, dependiendo del tiempo que les hiciera falta para adquirir el derecho a la pensión cuando entró en vigencia el Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones, respecto de los beneficiarios de la transición pensional se presentan dos situaciones:

(i) La de quienes al momento en que entró a regir el sistema pensional de la Ley 100 de 1993 les faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho, caso en el cual el ingreso base de liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE, y

(ii) La de quienes les faltaban más de 10 años para adquirir el derecho,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

caso en el cual el ingreso base de liquidación será el previsto en 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 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si resulta superior al anterior, siempre y cuando el afiliado haya cotizado 1250 semanas como mínimo»

Siendo ello así, y en consideración a que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 al demandante le faltaban más de 10 años para pensionarse, la norma llamada a gobernar la forma de liquidar la misma, no es otra que el artículo 21 de la ley 100 de 1993, disposición legal que fue precisamente la aplicada por la pasiva al liquidar la pensión del actor en las anteriormente citadas resoluciones de reconocimiento prestacional.

Con base a lo anterior, debe precisarse que mediante Resolución 108846 de 12 de mayo de 2011, el otro Instituto de los Seguros Sociales procedió a reconocer y pagar la pensión de vejez del demandante en cuantía inicial de \$638.725, al tomar como IBL la suma de \$818.878 y aplicar la tasa de remplazo del 78%, reconocimiento que fue objeto de modificación por parte de Colpensiones mediante Acto Administrativo GNR 163521 de 1° de junio de 2016, oportunidad en la que tomó como IBL el valor de \$916.488 y le aplicó la citada tasa de remplazo arrojando así un valor de la mesada pensional a 15 de abril de 2013 de \$714.861 pesos.

Es de destacar, que el reconocimiento acaecido en la Resolución GNR 163521 de 1° de junio de 2016, se efectuó por parte de la enjuiciada a partir del 15 de abril de 2013, en atención al termino trienal extintivo contenido en las normas sustantiva y procesal que regulan los juicios del trabajo, sin que se estudiara el monto real a percibir como primera mesada pensional del beneficiario.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Con fundamento en lo precedente, esta Corporación procedió a realizar los cálculos aritméticos de rigor, teniendo en cuenta los IBC reflejados en la historia laboral (fl. 11-12), logrando constatar que el IBL de los 10 últimos años asciende a la suma de \$788.229,73, de suerte que al aplicar la tasa de reemplazo del 78%, se obtiene como primera mesada pensional la suma de \$614.819.19, suma esta que incluso resulta ser inferior a la reconocida por el extinto Instituto de los Seguros Sociales en el Acto Administrativo 108846 de 12 de mayo de 2011, en atención a en que en dicha oportunidad la Entidad tomó, para liquidar el IBL, más de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad para acceder a la prestación reclamada. Del mismo modo sucede con la reliquidación que se efectuó mediante Resolución GNR 163521 de 1° de junio de 2016, en la que se tomó tiempos superiores a los 10 últimos años anteriores al cumplimiento de la edad, en virtud de lo cual Colpensiones accedió a la reliquidación pretendida por el pensionado.

Por lo hasta aquí expuesto, es que surge patente la confirmación de la sentencia de primer grado, al no existir diferencia alguna a favor del demandante que implique la reliquidación de la prestación pensional que le fuera reconocida por la encartada en los términos expuestos en el escrito demandatorio, pues se itera, una vez efectuados los cálculos aritméticos de rigor, no se encontró saldo a favor del *petente*.

COSTAS: Se confirma la condena en costas impartida en primera instancia. En esta instancia se imponen costas a cargo de la parte demandante dada la improsperidad del recurso de alzada. Tásense por Secretaría. Para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de \$300.000.

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: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 17 de junio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **HÉCTOR ACOSTA GARCÍA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS Se confirma la condena en costas impartida en primera instancia. En esta instancia se imponen costas a cargo de la parte demandante dada la improsperidad del recurso de alzada. Tásense por Secretaría. Para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de \$300.000.

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 **WILSON BUSTOS DELGADO** CONTRA **AGRUPACIÓN DE VIVIENDA LAURELES DE NUEVA CASTILLA P.H.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de octubre 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 **WILSON BUSTOS DELGADO** a través de apoderado judicial, pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la **AGRUPACIÓN DE VIVIENDA LAURELES DE NUEVA CASTILLA P.H.** entre el 5 de julio de 2017 al 28 de febrero de 2019; como consecuencia de lo anterior, se condene al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, subsidio de transporte, reembolso de cotización a pensión y salud, sanción por no consignación de las cesantías, indemnización moratoria, indexación, costas y agencias en derecho (folios 52 a 54).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 50 a 52 del diligenciamiento, que en síntesis advierten que el 5 de julio 2017 firmó contrato de prestación de servicios para desempeñar las funciones de administrador con una retribución mensual de \$1'200.000 pesos, documento que al no ser suscrito por el conjunto lo convierte en un contrato verbal a término indefinido; nexos que se desarrolló siguiendo las indicaciones del empleado, con cumplimiento de horario, bajo subordinación, de manera personal, sin ninguna queja o llamado de atención hasta el 28 de febrero de 2009, conforme decisión prevista en acta del Consejo de Administración y comunicada por el presidente de ese órgano el 26 de mismo mes y año. Resalta que durante la relación contractual, a cuenta propia, realizó los pagos de salud, pensión y riesgos profesionales; así como indica que a la fecha de terminación del contrato sin justa causa, le adeudan los salarios. Concluye indicando la mala fe en el actuar de la Agrupación y la constatación de la firma del contrato en acta No. 13 del 20 de diciembre de 2019.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONTESTACIÓN: La demandada **AGRUPACIÓN DE VIVIENDA LAURELES DE NUEVA CASTILLA P.H.** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que entre los extremos se suscribió un contrato de prestación de servicios, donde el accionante no cumplía horario, nunca tramitó un reglamento de trabajo, no prestaba los servicios directamente, no tenía subordinación y su pago eran honorarios; evidenciándose la mala fe. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los titulados buena fe de la parte demandada; inexistencia de la obligación; cobro de lo no debido; abuso del derecho y las que resulten probadas en el curso del litigio (folios 64 a 76).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Tercero (3º) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 11 de agosto de 2020, resolvió **declarar probada** la excepción denominada inexistencia de la obligación; **absolver** a la copropiedad demanda de todas y cada una de las pretensiones incoadas por Wilson Bustos Delgado y, **condenar** en costas al demandante (CD a folio 82).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que el accionante no logró demostrar la existencia del contrato de trabajo ante la carencia de presupuestos para la misma, en la medida que se evidenció la intención de celebrar el contrato de prestación de servicios como hecho aceptado y reconocido por las partes, pues si bien carece de firma de la demandada, si denota la clara intención en su celebración, la cual fue reafirmada con los testigos quienes dieron cuenta que el actor no prestaba los servicios de manera personal, pues hacia uso de terceros para el cumplimiento de las funciones. Al punto que María Cristina Hernández relató que *«si ellas no hubieran apoyado al demandante en las labores de administración, no se hubiera podido organizar la copropiedad ni sanear la cartera, lo que una vez ratifica su injerencia en las funciones propias en la administración (...) se puede concluir que el demandante no prestaba sus servicios de forma exclusiva para el conjunto agrupación de viviendas laureles de nueva castilla sino que durante un periodo administraba por lo menos otra copropiedad»*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RECURSO DE APELACIÓN: La parte **DEMANDANTE** interpuso **recurso de alzada contra la anterior determinación**, aduciendo en síntesis como reparos que, lo que realizaban las testigos, era hacer de compañía al demandante por la carga laboral, dado que ellas iban ayudarle a organizar lo correspondiente al papeleo y administración «organizar las carpetas, organizar, mirar la contabilidad, imprimir papel mas no hacían funciones». Alude la existencia de buena fe en el demandante al firmar el contrato de prestación de servicios, así como no por la Agrupación, la presencia de subordinación permanente ante la imposición de órdenes por los consejeros de administración, la actividad personal derivado de la permanencia constante dentro del conjunto pues «se la pasaba ahí, las únicas veces que él salía era por cuestiones de ya netamente administrativos», estando con el acompañamiento de su esposa, quién adicional lo acompaña en todos los trabajos donde él se encontraba, pero sin que ejerciera labores cómo lo señala la parte pasiva; lo que demuestra el cumplimiento de los 3 requisitos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo y la presunción del artículo 24.

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 guardó silencio.

Parte demandada: Reclama la confirmación de la sentencia de primera instancia, aduciendo en síntesis que del acervo probatorio no obra error de forma o de fondo y, por el contrario, se ratifica el incumplimiento de los requisitos para establecer un contrato de trabajo, por no existir prestación del servicio de manera directa.



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

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 Colegiatura en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si del material probatorio recaudado se logra comprobar la existencia de una vinculación de carácter laboral entre los extremos procesales; de acreditarse lo anterior, corroborar el cumplimiento de los presupuestos normativos para fulminar condena por las acreencias reclamadas.

RELACIÓN LABORAL

En lo referente a la relación laboral y los extremos, 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Acorde con el problema jurídico planteado en líneas anteriores, esta Sala de Decisión analiza las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del CPL, en especial, copia de contrato de prestación de servicios (fls.16 a 18), misivas tituladas solicitud de representación legal, convocatoria reunión de Consejo de Administración, reunión ordinaria de Consejo de Administración, listado de asistencia, otrosí, citación, requerimiento de gestión, aceptación ratificación cargo de administrador, solicitud de actualización de representante legal, tramite representación legal, peticiones y su respuesta, entrega del cargo (fls.19 a 36, 38 a 44), acta No. 013 (fls.36 y 37), acta de entrega (fls.45 a 48), interrogatorios de parte rendidos por el demandante y el Representante Legal de la copropiedad (CD a folio 79), testimonios rendidos por Martha Lucia Hernández Alvarado (medio magnetofónico fl.79), María Cristina Hernández Alvarado, Dora Pineda García y José Noe Téllez Mendoza (cd folio 82); probanzas de las cuales se acredita, que WILSON BUSTOS DELGADO prestó sus servicios personales como Administrador en la Agrupación de Vivienda Laureles de Nueva Castilla P.H. desde el 5 de julio de 2017 al 28 de febrero de 2019, como fue aceptado por la pasiva desde la contestación del escrito inicial (fls.8 a 15); supuestos facticos respecto de los cuales no se presenta discusión en esta segunda instancia.

En ese orden de ideas y teniendo en cuenta que el *sub judice* se centra en determinar la naturaleza contractual de la relación que unió a las partes procesales, pues la demandada alega que el nexo fue regido por un contrato civil y, por su parte, la activa aduce que las actuaciones que rigieron la vinculación configuran un contrato de carácter laboral a término indefinido, sea lo primero advertir que conforme a los presupuestos facticos probados en la *Litis* y relacionados de manera precedente, es viable establecer que la prestación humana desplegada por WILSON BUSTOS DELGADO se encuentra enmarcada en la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

presunción establecida por el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, que señala «*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*».

Así las cosas, resulta forzoso que la pasiva en ejercicio de su facultad probatoria, desvirtúe la presunción legal y lleve al juzgador de instancia a un convencimiento de tal entidad, que conduzca a concluir que en la actividad ejecutada por el reclamante jurisdiccional no se presentaron los elementos del contrato laboral de que trata el artículo 23 del C.S.T., advirtiendo que conforme al organismo de cierre de la Jurisdicción Laboral, desde la sentencia del 24 de abril de 2012 radicado 39600 con ponencia del H. Magistrado Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, sí de las pruebas obrantes en el proceso se logra acreditar la prestación personal del servicio, como ocurre en el caso de autos, se presume *iuris tantum* la subordinación en la relación de trabajo, enseñadas que dispusieron:

«Si el demandado acepta la prestación del servicio, pero excepciona que lo fue mediante un contrato civil, como sucedió en el sub lite, le allana el camino el demandante para ubicarse en el supuesto de hecho contenido en el artículo 24 del CST y ampararse en la presunción de que se trató de un contrato laboral. En cuyo evento, el demandado tiene a su cargo desvirtuar la presunción mediante pruebas que demuestren, con certeza, el hecho contrario del elemento de la subordinación, es decir que la prestación personal del servicio se dio de manera independiente» (Negrilla y Subrayado fuera de texto)

Motivo por el cual, le corresponde al funcionario judicial examinar si se presentan elementos de juicio que permitan inferir la inexistencia de la aludida subordinación.

De cara a lo anterior, obra a folios 16 a 18 copia del contrato de prestación de servicios, el cual, conforme a la cláusula primera, tenía por objeto:

«EL CONTRATANTE nombra a el CONTRATISTA como administrador de la AGRUPACIÓN DE VIVIENDA LAURELES DE NUEVA CASTILLA PH,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

conforme los facultados el artículo 50 de la ley 675 de 2001. Por la decisión que en reunión ordinaria del Consejo de administración celebrada el día 5 de julio de 2017, mediante acta no.14, ejercerá por el periodo comprendido entre el 05 de julio de 2017 hasta el 04 de julio de 2018. (...)»

Sobre esta documental, necesario es precisar que el Juez de primera instancia le concedió valor probatorio como documento declarativo y demostrativo de la intención de las partes; alusión respecto de la cual, la parte demandante en la alzada no hace ninguna precisión tendiente a debatir dicha acotación, o eliminar del haz probatorio las consecuencias de su suscripción. Precisión que se gesta, no sólo para indicar la conformidad de la parte accionante, sino también para resaltar que, a voces de los artículos 244, 250 y 263 del Código General del Proceso, aplicable por reenvío a la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad Laboral, la parte que integra un documento reconoce con tal acto su autenticidad y veracidad en el contenido, sin que con posterioridad pueda alegar su falsedad.

Sumado a que, de las mismas declaraciones recepcionadas en el curso del diligenciamiento, en especial del interrogatorio de parte absuelto por el accionante, se logra corroborar que tal elemento de convicción emanó por la decisión diáfana de las partes para el momento del nacimiento del vínculo, al punto, que fue el mismo señor Wilson Bustos quién manifestó su realización por delegación que hiciera la presidenta del Consejo de Administración y, por ofrecimiento de aquel, al contar con una plantilla para su ejecución. Y sin que pueda perderse de vista, que era precisamente es la accionante el que tenía el resguardo de las documentales emanadas de la copropiedad, y fue solo hasta que el nuevo Consejo administración le solicitó informe sobre todos los contratos, que el demandante adujera la carencia firma por el contratante, cuando, para tal momento, ya había existido un cambio en el Consejo de administración y, de contera, de quien debía suscribirlo a nombre de la propiedad horizontal al tenor del artículo 50



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de la Ley 675 de 2001, pues la manifestación de haberlo presentado para la firma y ser devuelto, no construye los pedimentos de confesión visibles en el artículo 191 del CGP y, en tanto la deponente Dora García como miembro del Consejo de Administración, resaltó que a tal situación, Wilson Bustos refirió que lo haría firmar.

Evidenciándose, tal como lo indicó la primera instancia, que la intención de las partes fue realmente la celebración del contrato de prestación de servicios militante a folios 16 a 18 de las diligencias, y será entonces, bajo tal faro, que se estudiará el legajo contractual desde la perspectiva finalista y de intención de los extremos procesales.

En lo tocante a las pruebas declarativas, se recaudó el interrogatorio del representante legal de la pasiva, los testimonios de José Noé Téllez Mendoza y Dora Pineda García (CD a folios 79 y 82), quienes dan cuenta de la prestación del servicio por Wilson Bustos como administrador, e indicaron evidenciar a las señoras Martha Lucia y María Cristina Hernández Alvarado por presentación que realizara el convocante, las cuales eran delegadas del administrador y adelantaban diferentes procesos en la copropiedad como recibos de caja, atención de propietarios, asistencia en las reuniones del Consejo, solicitar salones; todo lo anterior, en el horario establecido por el señor BUSTOS que concernía a 2 o 3 veces a la semana o según la disponibilidad del administrador, en tanto el ejecutaba la misma función en otros conjuntos y solo lo veían los sábados. Resaltando TELLEZ MENDOZA, que era el actor quien les asignaba las actividades.

Así mismo, WILSON BUSTOS DELGADO absolvió interrogatorio de parte (CD a folio 79), indicando que desempeñó el cargo en unos horarios mínimos de 3 horas diarias, en el interregno de lunes a sábado, dado que por la remuneración no estaba dispuesto a comparecer la jornada máxima, logrando acuerdos de asistencia solo 3



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

días a la semana con una atención de 5 pm a 8 pm, la cual podría extenderse hasta las 10 pm junto con la realización de diligencias administrativas fuera del conjunto. Precisa que para lograr el objetivo en la copropiedad, se apoyó en dos personas, Martha Lucía Hernández y María Cristina Hernández, las que *«me acompañaban a atender mi labor»*, dándose momentos en que las citadas lo reemplazaban en las actividades pero no en las responsabilidades, como atención al público y siendo él quien remuneraba la función de aquellas.

Informa que al final del nexo y, en específico, desde el 8 de abril de 2018 con el cambio del Consejo de administración, empezaron las órdenes y la subordinación, a lo cual, él resolvió en diversas ocasiones que *«me negué a firmar (...) porque yo cuestionaba»* lo señalado pues él era el administrador.

Finalmente, se recepcionaron los testimonios de Martha Lucía y María Cristina Hernández Alvarado, en condición de cuñada y compañera permanente del demandante, quienes refirieron servir de apoyo a Wilson Bustos en el período que fungió como administrador de la demanda, labor que correspondía a todas las operaciones por el encargadas en la oficina *«en todo lo que él tenía»* y, resaltando, que eran ellas las que se quedaban atendiendo dado que, el señor Bustos entraba, hacia revisión y salía, porque tenía que hacer otras diligencias, entre ellas, la administración de otra copropiedad. Concluyó Martha Lucía Hernández que *«entramos»* el 5 de julio del 2017 y hasta el 4 de marzo 2019.

Así las cosas, del anterior relato de los medios de prueba incorporados al plenario, necesario resulta manifestar que si bien el asunto bajo *examine* se cimienta en aquella presunción legal de que trata el artículo 24 del CST, lo cierto es que para esta Sala de Decisión la misma fue relegada por las alusiones de los deponentes, respecto del devenir del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

nexo que unió a las partes en conflicto, máxime cuando se corrobora que la parte demandante únicamente centró su solicitud de reconocimiento en la ejecución de la labor de administrador, pero sin que se encontrara demostrada la imposición de instrucciones disimiles a las obligaciones contractuales o el cumplimiento de un horario, tanto que fue indicado, que fue él, quien por el monto percibido, resolvió la asistencia tres días a la semana y por 3 horas.

Ahora, en gracia de discusión, y de tener aquellos interregnos de acuerdos como disposición de tiempo o posible horario, necesario es indicar que de tal no deriva indefectiblemente la configuración de los presupuestos jurídicos de que trata el artículo 23 de la norma *ejusdem*, siendo únicamente un indicativo de la misma pero en manera alguna de su existencia, tal como lo ha enseñado la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia SL9801 Rad. 44519 del 29 de julio de 2015 con ponencia del H. Magistrado Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, al considerar:

*«Si la empresa, en la citada diligencia, admitió que el actor portaba un carné dentro de la empresa, que debía recibir y entregar las llaves de la oficina al ingresar y al salir de la entidad, así como que se llevaba un registro de sus entradas y salidas a la entidad y que estaba sometido a una auditoría mensual por una dependencia de la compañía, esto no es un indicativo inequívoco de la subordinación propia de un contrato de trabajo, puesto que estos son procedimientos que pueden ser aplicados tanto a personal subordinado de la entidad, como a cualquier otra persona que tenga una relación continua de cualquier tipo con la compañía, dado que constituyen medidas de seguridad y de control; y, en el caso de la **auditoría mensual**, es una acción propia de seguimiento del cumplimiento de los servicios en los términos contratados, **natural de quien adquiere o contrata cualquier servicio.***

(...)

*Por otra parte, **en lo que tiene que ver con el horario de servicio médico que fue acordado por las partes**, según el texto del contrato, y la disponibilidad del contratista las 24 horas tanto telefónica como de presencia física, el cual tendría un costo adicional de acuerdo con la tarifa mensual, **no necesariamente**, como lo defiende la censura, **es***



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

un indicador incuestionable del factor de subordinación, dado que esta Sala ha reiterado que la asignación de un horario para la prestación del servicio, si bien ...podría tornarse en elemento indicativo de la subordinación, no es necesariamente concluyente y determinante de su configuración, porque la fijación del tiempo que ha de emplear quien presta el servicio en su actividad personal, puede darse también en las relaciones jurídicas independientes, sin que por ello se entiendan forzosamente signadas por la subordinación laboral². (Subraya y negrilla fuera de texto)

Criterio iterado recientemente por esa Alta Corporación, en las sentencias SL 17496-2016, SL 1762-2018 y SL 663-2018 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en el sentido de que exigirle resultados sobre el desempeño de la tarea encomendada al contratista, no implica subordinación laboral, donde refirió:

«Al respecto, es de recordar que si bien en el contrato de prestación de servicios no existe subordinación jurídica, sí es dable que en algunas ocasiones se configure una especie de subordinación técnica, es decir, que el contratista puede recibir del contratante, instrumentos o instrucciones fundamentales para el desarrollo de su labor a fin de cumplir con estándares obligatorios (...)

Lo dicho, tiene relevancia si se tiene en cuenta que aunque el contrato de prestación de servicios se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo cual lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no significa que en este tipo de contratación esté vedada la generación de instrucciones, pues es viable que en función de una adecuada coordinación (...) se puedan solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones» (resalta y subraya fuera de texto).

Deviniendo entonces, en que el actuar prohibido en ejecución de un contrato de naturaleza civil o comercial y, que daría paso a un nexo laboral, es aquella que «elimine la independencia y autonomía de este» (sentencia SL 3161-2018).

² CSJ SL 543 de 2013



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Por lo expuesto, es que encuentra esta instancia acertada la determinación del *A quo* al señalar que la parte convocante a juicio no logró definir la relación laboral, no solo atendiendo lo enseñado por la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, sino porque tales aspectos fueron deconstruidos por el extremo procesal demandado al corroborar que dada la actividad desplegada por BUSTOS DELGADO no le era asignado un horario, ni se le impartían ordenes que relevaran su autonomía e independencia, pues aunque resulta evidente la necesidad de usar un espacio de su día para realizar lo encargado, el mismo no puede conducir *de facto* a edificar una relación laboral, más cuando se evidencia la transitoriedad de la labor y la delegación de sus funciones a personas externas y por él ubicadas, demostrando que no desplegaba una actividad de forma personal y, que contaba con tanta autonomía que podía designar a terceros sin ser requerido por el contratante.

Sumado a que no se denotó alusión alguna que comportara orden, instrucción o imposición en la realización de la actividad contratada, en tanto toda acción de carácter comercial, civil o laboral demanda de quien la ejecuta, un tiempo para su realización y un marco general en las acciones a adelantar; aspectos que lejos de configurar actos de subordinación, conducen a establecer el cumplimiento del objeto contractual. Resaltándose que, tal era la autonomía e independencia de BUSTOS DELGADO, que aquel confesó desconocer aun alusiones del mismo órgano máximo de la Propiedad Horizontal llamada a debate, sin que se viera inmerso en algún llamado de atención o afectación a su cargo.

Máxime, cuando es conocido que la labor de un administrador, a pesar de ir de la mano de las decisiones del Consejo de Administración de la Propiedad Horizontal, sigue siendo una labor independiente y autónoma por su conocimiento profesional y la libertad que tiene para



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ejecutar y desarrollar su actividad al tenor de lo dispuesto por el artículo 1° de la Ley 675 de 2001.

Así, los hechos referidos resultan insuficientes para configurar el nexo reclamado en el *libelo genitor*, por lo que no basta entonces con analizar aisladamente algunos de los elementos de la vinculación jurídica sino que se hace necesario examinar el conjunto de dichos elementos «*porque es precisamente ese contexto el que permite detectar tanto la real voluntad de los contratantes como la primacía de la realidad sobre las formalidades*» (SL 11661-2015, SL8434-2014; CSJ SL14481-2014).

Al quedar sin fundamento alguno las pretensiones de la demanda por falta de demostración de los hechos, más aún, cuando bien sabido es, que se imposibilita legalmente la imposición de obligaciones laborales en sentencia soportada sobre suposiciones o razonamientos que carezcan de formación probatoria fáctica sobre prestación del servicio humano, impide la fulminación de las condenas deprecadas sustentadas en un contrato de trabajo, por lo que no quedaba otra solución al presente debate que la desestimación de las súplicas de la demanda; por lo que habrá de confirmarse la decisión impartida por el *A quo*.

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, ante la falta de acierto en los reparos de la apelación. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$600.000, 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 11 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **WILSON BUSTOS DELGADO** contra **AGRUPACIÓN DE VIVIENDA LAURELES DE NUEVA CASTILLA P.H.** de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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, fijando como agencias en derecho la suma de \$600.000, 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 **OSCAR ANTONIO PALOMINO GAMBOA** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y 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 veintinueve (29) días del mes de octubre 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 **DANNIA VANESSA YUSSELY NAVARRO**

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

ROSAS identificada con cedula de ciudadanía No. 52.454.425 de Bogotá y tarjeta profesional 121.126 del C.S. de la J., para que actúe en representación de **Colpensiones**. Así mismo, se reconoce personería a **MARYI TATIANA PARRA BARACALDO** c.c. 1.019.050.453 del Bogotá y T.P. 229.157 por sustitución concedida por la Dra. Navarro Rosas.

Referente a PORVENIR S.A., se reconoce personería adjetiva a **JOHANA ALEXANDRA DUARTE HERRERA** identificada con cedula de ciudadanía No. 53.077.146 de Bogotá y tarjeta profesional 184.941 del C.S. de la J., en los términos del memorial incorporado por correo electrónico.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **OSCAR ANTONIO PALOMINO GAMBOA** a través de apoderado judicial, persigue la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantada a través de Porvenir S.A., entendiéndose afiliado a COLPENSIONES sin solución de continuidad; como consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A. efectuar el traslado inmediato a COLPENSIONES del dinero que reposa en la cuenta individual, incluyendo los aportes con rendimientos financieros, bonos pensionales y comisiones; debiendo la última activar la afiliación desde su primera vinculación al ISS, costas y agencias en derecho (folio 3).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 a 6 de las diligencias, que en síntesis advierten que nació el 13 de enero de 1960 y el 25 de febrero de 1980 se afilió al Instituto de Seguros



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Sociales- I.S.S., donde permaneció hasta el 22 de febrero de 2004 cuando se trasladó al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR S.A. por el ofrecimiento de pensión a menor edad, con un monto superior al del régimen de prima media, sin realizar aportes voluntarios y por la acotación de extinción del Instituto de Seguros Sociales; pero omitiendo información sobre las desventajas o pérdidas de beneficios, sin la entrega de cálculo actuarial y del formulario de afiliación, junto con la carencia de orientación en debida forma. Agrega que desde ese momento ningún asesor le contacto para asesorarlo y advertirle del error, así como el 17 de agosto de 2018 la AFP privada adelantó el cálculo actuarial, que da cuenta de la diferencia en las mesadas pensionales. Resalta que solicitó a Colpensiones y Porvenir S.A. el traslado al régimen de prima media, empero, fueron zanjados de manera desfavorable en sustento del literal e), artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, señalando que el accionante debe probar el vicio en el consentimiento, pues ante esa entidad el traslado se desplegó de manera libre y voluntaria. **Excepciones:** elevó como medios exceptivos los denominados buena fe en las actuaciones de Colpensiones, el hecho de tercero, presunción de legalidad de los actos jurídicos, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 Constitucional adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, prescripción, y las que se prueben en el curso de las diligencias (folio 116 a 131).

A su turno, la convocada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al puntualizar que no es posible solicitar la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ineficacia o nulidad, invocando requisitos que no existían a cargo de la AFP para la fecha de traslado; máxime, cuando no allega prueba sumaria de las razones que sustentan la petición. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe, folios 159 a 170.

DECISIÓN

Luego de surtido el debate probatorio, el Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 25 de junio de 2020, resolvió **declarar** la ineficacia de la afiliación realizada por el demandante al RAIS a través de PORVENIR S.A., para tenerlo válidamente afiliado a COLPENSIONES; **condenar** a PORVENIR S.A. que pasar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta individual del actor, con los rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración correspondientes; **ordenar** a COLPENSIONES a aceptar el traslado del demandante e imponer **costas** a cargo de Porvenir S.A. (CD a folio 277).

Lo anterior por considerar el *A quo* que al tenor de las determinaciones de la Corte Suprema de Justicia, la AFP PORVENIR S.A no cumplió con la carga probatoria en demostrar la entrega de información clara, precisa y detallada, para el momento del traslado de Oscar Antonio Palomino a esa administradora, vislumbrándose la ineficacia de la afiliación.

RECURSO DE APELACIÓN

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** interpuso recurso de alzada contra la anterior **determinación** aduciendo en síntesis como motivos de disidencia, que el acto de traslado realizado por el demandante en el año 2004 no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

constituyó una decisión unilateral sino que generó obligaciones para ambas partes, de manera que si bien la norma le exige a las AFP que informen las características del régimen, lo cierto es que al consumidor financiero también le atañe indagar y obtener información para su situación pensional, tal como lo estableció la CSJ en sentencia SL 1452 de 2019. Agrega que se está vulnerando el principio de relatividad de los negocios jurídicos y sostenibilidad financiera, como fue analizado por la Corte Constitucional al indicar que se descapitaliza el fondo y se atenta contra los derechos y las expectativas de quienes han permanecido como afiliados.

En el mismo sentido, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** presentó recurso de apelación exponiendo que, para el año 2004, el ordenamiento jurídico no determinaba una forma concreta en que debían brindar la información, ni la obligación de documentar los datos suministrados más que con el formulario de afiliación; siendo solo con el desarrollo legislativo y jurisprudencial que nacieron las obligaciones de entregar los comparativos de las proyecciones pensionales, la doble asesoría, entre otros; por lo que, no obra sentido en requerir pruebas como las indicadas al ser un imposible, cuando tan sólo se requería archivar el formulario de afiliación como manifestación del consentimiento y, sin que tengan efectos retroactivos. Agregando que se presentaron actos de razonamiento por el actor, como la suscripción del formulario y la realización de cotizaciones, más aun, cuando el deber de información también recae en el afiliado, como único conocedor de su situación particular. Resalta la improcedencia en la condena por gastos de administración, por emanar de un mandato legal con destinación específica que cumplió su cometido en el periodo de vinculación en el RAIS, siendo rubros debidamente invertidos para obtener el incremento o rentabilidad de sus recursos.



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 peticiona la confirmación del fallo de primera instancia, resaltando la falta de asesoría por PORVENIR S.A. pues *«no le explicaron las consecuencias mediatas e inmediatas de su traslado ni le advirtieron a tiempo que le convenia retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (R.P.M.), incumpliendo así, con su deber de información. Así mismo, se logró probar que nunca le informaron de las desventajas ni le advirtieron de las desventajas derivadas del traslado de régimen. Tampoco le informaron la manera como podría acceder a una pensión a una menor edad ni como mejorar el monto de su mesada pensional»*.

Parte demandada: La convocada **PORVENIR S.A.** solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, manifestando para el efecto que el traslado de la activa se realizó de forma libre, voluntaria y consiente como lo denota el formulario de afiliación *«cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación»*. Así como debe analizarse que las obligaciones cumplieron los parámetros vigentes para el momento del traslado, y que el actor contó con múltiples oportunidades para regresar al RPM. Concluye aludiendo en la carencia de acierto con la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, por contener aquellos una destinación específica que se cumplió en el periodo de la afiliación.

A su turno **COLPENSIONES** relata, entre muchos, *«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, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga, por cuanto, las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al Régimen de ahorro individual con solidaridad». Precisa que el actor no probó el ejercicio de sus deberes como consumidor financiero y, por el contrario, ratificó su intención de permanecer en el RAIS.

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, se advierte la realización en debida forma el 14 de diciembre de 2018, como consta a folios 27 y 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, en estricta consonancia con los reparos invocados por las apelantes, junto con 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

realizada por OSCAR ANTONIO PALOMINO GAMBOA al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A., junto con el reintegro a Colpensiones de los gastos de administración.

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 identidad y registro civil de nacimiento (fls.24 a 26), reclamaciones administrativas y su respuesta (fls.27 a 36, 79 a 84), reporte de semanas cotizadas e historia de cuenta individual (fls.37 a 52, 57 a 65, 85 a 88), certificado emitido por PORVENIR S.A. (fls.36), copia del reporte SIAFP (fls.54), documento titulado Bono Pensional (fls.55 y 56), formulario de afiliación (fls.66), proyección pensional (fls.67 a 70), piezas procesales de la acción de tutela 2019-0186 (fls.71 a 78), expediente administrativo obrante en la pasiva (fls.136 a 142, 171 a 218), e interrogatorio de parte absuelto por el demandante y la representante legal de la demandada (CD a folio 277).

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»*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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)».

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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

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 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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 perjudicarle
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:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 9 de marzo de 1992 (folio 85), para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 22 de febrero de 2004 (fls. 66 y 173) con efectividad al 1º de abril de esa anualidad²; fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado y elevando cotizaciones al subsistema de seguridad social en pensiones (folios 37 a 52, 178 y ss); 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 y, en cumplimiento a la carga dinámica de

² Folio 54



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la prueba prescrita en el artículo 167 del CGP que, a su vez, libera de tal deber a quien reseña negaciones indefinidas como la no entrega de datos en el acto genitor de traslado. Información que no se encuentra acreditada en el plenario, ni aun deviene del formulario de afiliación militante a folios 66 y 173.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la representante legal de la demandada, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativa en indicar idénticos argumentos a los esbozados en la contestación de la demanda y, atinente a la declaración de la parte convocante a juicio, el señor PALOMINO GAMBOA aduce la ausencia de asesoría por el representante de PORVENIR S.A.; quien únicamente le mencionó que el Instituto de Seguro Social se encontraba en una crisis financiera, con la posible quiebra y, solo en ese fondo, lograría una pensión en temprana edad y con una cuantía superior (medio magnetofónico a folio 277).

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 al accionante 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, o el cargo y profesión que desempeñaba; al ser su obligación suministrar la globalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 a la 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».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Ahora, atendiendo el reparo que elevó Porvenir S.A. respecto a la orden de devolución de los gastos de administración, esta Sala de Decisión no evidencia falencia en la disposición de primer grado, 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...***

(...)» (Aparte resaltado de la Sala)

Motivo por el cual, se *itera*, se confirmará la determinación en lo relativo a la devolución íntegra de todas las sumas percibidas por los periodos de afiliación, por encontrarse lógica en la disposición judicial, pues el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

propósito final de la misma es lograr la equivalencia entre lo percibido por objeto de cotizaciones y el monto que debe recibir Colpensiones con ocasión del afiliado que retorna, el que, como se ha *iterado* en el curso de la presente decisión, debe tenerse como si nunca se hubiera movilizado.

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 lo estarán a cargo de los apelantes, por la ausencia de prosperidad en los reparos invocados. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$600.000 para cada una. 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 (4º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública celebrada el 25 de junio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral seguido por **OSCAR ANTONIO PALOMINO GAMBOA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

**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 los apelantes. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$600.000 para cada una. 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

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-



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE OSCAR ANTONIO PALOMINO GAMBOA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (RAD. 04201900243 01)

M.P. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones que adopta la mayoría de la Sala, me permito aclarar el voto dentro del asunto de la referencia, precisando que si bien es cierto, en la demanda se solicitó la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS y que en la ponencia que acompaña se habla indistintamente de nulidad y/o ineficacia como si se tratara de la misma figura jurídica, no es menos cierto que, el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, criterio que se acompasa con lo expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **GILBERTO PUERTA PINEDA** CONTRA
**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES Y 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 veintinueve (29) días del mes de octubre 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**

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

identificada con cedula de ciudadanía No. 37.627.008 de Puente Nacional 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 **GILBERTO PUERTA PINEDA** a través de apoderado judicial, persigue la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., costas y agencias en derecho (folio 4 y vuelto).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 2 de las diligencias, que en síntesis advierten que nació el 29 de junio de 1952, adelantando cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales- I.S.S. en suma de 1.488,71 semanas y en Porvenir S.A. de 171 semanas para un total de 1.59,71 semanas; aduce que permaneció en la última administradora del 1° de julio de 1997 al 1° de diciembre de 2002, momento en el que retornó al Seguro Social, pero informando que el traslado al régimen de ahorro individual surtió sin brindar la información adecuada. Agrega que mediante Resolución GNR 200268 del 5 de agosto de 2013, Colpensiones le reconoció la pensión prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, ante la pérdida del régimen de transición por el movimiento gestado al RAIS que, de haberlo sostenido, daría lugar a una mesada pensional más alta y a los denominados incrementos por personas a cargo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONTESTACIÓN: la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, en el término procesal correspondiente dio contestación a la demanda, oponiéndose al *petitum demandatorio*, argumentando que la información suministrada se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia financiera de Colombia; así como la vinculación no fue caprichosa o abusiva sino que obedeció al resultado de dichas disposiciones que regulan el RAÍS, siendo una decisión informada y consciente cómo lo demuestra la suscripción del formulario de vinculación. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados prescripción; falta de causa para pedir; inexistencia de las obligaciones demandadas; buena fe; prescripción de obligaciones laborales de trato sucesivo, enriquecimiento sin causa y, las que se demuestren, folios 30 a 37, 48.

A su turno, la *litis consorte* necesaria² **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, manifestó su oposición a las pretensiones incoadas señalando que encuentra debidamente pensionado, sin existir dolor en la afiliación a la administradora privada ni prueba de alguna causal de nulidad, por lo que no procede lo reclamado. **Excepciones:** elevó como medios exceptivos los denominados Falta de legitimación en la causa por pasiva; prescripción; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público; buena fe y, las que se prueben en el curso del litigio (folio 52 a 60).

² Folio 47



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DECISIÓN

Luego de surtido el debate probatorio, el Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 6 de agosto de 2020, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado del demandante realizado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual acaecido el 30 de junio de 1999, mediante su afiliación a PORVENIR S.A.; **condenar** a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A. a registrar la ineficacia del traslado de régimen aquí declarada, teniendo para todos los efectos que la afiliación del demandante al RPM se da sin solución de continuidad, es decir, como si nunca hubiera ocurrido su traslado al RAIS, en especial, teniendo en cuenta COLPENSIONES lo relacionado con el régimen de transición que cobijaba al demandante hasta el año 2014 y, **sin costas** (CD a fl.67).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que Del material probatorio incorporado a las diligencias no se evidencia la entrega de información que cumpliera con los parámetros para entender debidamente traslado a la accionante; máxime que para la fecha de movilidad contaba con más de 1200 semanas y el beneficio del régimen de transición.

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**.

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: Este extremo solicita se acojan las pretensiones de la demanda, resaltando que el derecho laboral tiene que ser progresivo y no regresivo en tanto *«frente a la sentencia SU 140 de 2019, se deben apartar de ella al momento de fallar, por la inseguridad queda su contradicción, máxime que la Jurisprudencia es una herramienta auxiliar que puede tomar el fallador o no, y el fallador se puede apartar de ella y darle ampliación a la ley a la sana crítica y discernimiento»*.

Parte demandada: La convocada **PORVENIR S.A.** solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, manifestando para el efecto que la jurisprudencia ha indicado que la obligación de dejar documentada la información, no estaba vigente para la época de traslado. Concluye aludiendo en la carencia de acierto con la devolución de gastos de administración, dado que *«los mismos los ordena la Ley, esto significa que tanto el RAIS como el RPM cobran gastos de administración por la afiliación de alguien al sistema, para ello puede leerse el artículo 7 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, pues jurídicamente no encuentra respaldo decir que se devuelve estos gastos para que las cosas vuelvan a su estado original – es decir antes del traslado de régimen- porque en ese mismo sentido se deberían analizar qué porcentaje de rendimientos generados en el RAIS deben trasladarse a Colpensiones»*.

A su turno, **COLPENSIONES** indica que no hay lugar a la nulidad del contrato de afiliación, por obrar medios de prueba documental que conducen a establecer que el traslado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, por suministrarse la totalidad de la información clara y precisa acerca de las ventajas y desventajas de los 2 regímenes y, de los efectos de la movilidad.

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, se advierte qué ante la vinculación de COLPENSIONES como litisconsorte necesaria, este requisito procedimental se entenderá suplido con la diligencia de notificación del auto admisorio y de integración, adosada a folio 51.

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 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 sí, en atención a la ineficacia del traslado declarada, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones se encuentra compelida a consumir las obligaciones imputadas o sí esto comporta una afectación a sus derechos.

Denotando que, ante la carencia de reparo por la AFP PORVENIR S.A. en la resolución de ineficacia en el traslado al RAIS, este Juez Colegiado no ejecutara consideración al respecto.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 Resolución GNR 200268 de 5 de agosto de 2013 (fls.7 a 10), reporte de semanas cotizadas (fls.11 a 15, 68 a 76), documento de identificación del accionante (fls.16), expedientes administrativo (fls.38 a 44, CD a folio 63); de las cuales se colige, que el demandante elevó aportes al otrora Instituto de Seguros Sociales desde el 20 de septiembre de 1973³; luego se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. el 30 de junio de 1999 con efectividad del 1° de agosto de esa anualidad (fl.39 a 40), seguido a ello, el 20 de diciembre de 2002 retornó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida⁴, donde le fue reconocida la pensión de vejez mediante la Resolución GNR 200268 de 5 de agosto de 2013, a partir del 29 de junio de 2012 en suma de \$948.790 y, en atención a lo previsto en el art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9 de la Ley 797 de 2003; reliquidada en Acto Administrativo No. GNR 372946 de 20 de octubre de 2014, fijando como cuantía inicial el rubro de \$1'141.012 (CD fl.63); supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Al punto, se demuestra que la razón de la nulidad declarada por la Juez de Conocimiento se sustentó en el engaño sufrido por parte de la AFP PORVENIR S.A., ante la inexistencia de información veraz, íntegra y que atendiera su situación pensional de GILBERTO PUERTA PINEDA, manifestación que no fue objeto de recurso por la anunciada administradora; circunstancia que por demás se encuentra cimentada en lo dispuesto en el numeral 1° del art. 97 del D. 663 de 1993, artículo 23 de la Ley 795 de 2003, art. 3 literal c) de la Ley 1328 de 2009 y ha

³ Folio 68

⁴ Folio 40



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

sido sostenido *in extenso* por la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencias del 22 de noviembre de 2011 bajo radicado 33083, SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014, SL 17595 del 18 de octubre de 2017, SL 1452-2019 del 3 de abril de 2019 y en providencia del 8 de mayo de 2019 bajo radicado 68838, últimas dos con ponencia de la H. Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Por manera que, estando bajo un vicio de consentimiento denominado dolo, al inducirse al afiliado en error al momento del traslado, la nulidad declarada se apareja indiscutiblemente a la ineficacia del traslado y, como consecuencia lógica, conduce a que la vinculación que alguna vez tuvo con el RAIS no surta algún efecto, teniendo entonces como única válida y que produce efectos jurídicos la realizada al otrora Instituto de Seguros Sociales.

Empero, ante la ausencia de disposición en la sentencia de primera instancia respecto a la imposibilidad de realizar descuentos por gastos de administración de la cuenta individual de PUERTA PINEDA, es que se adicionará la sentencia, pues si bien el demandante ya se encuentra vinculado al régimen de prima media, no por ello deja de ser indispensable que el reintegro se ejecute de manera íntegra, 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». Máxime, cuando no obra prueba de su consumación por la AFP llamada a debate judicial.

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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«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 adicionará la determinación en lo relativo a la devolución íntegra de todas las sumas percibidas.

Se aclara que en lo demás no se causa perjuicio a Colpensiones, pues la afiliada se traslada con todo su capital, por cuanto cumple la función para la cual se creó.

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

Reclamó el accionante desde el escrito genitor la concesión del régimen de transición, que fue perdido por el acto del traslado ahora declarado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ineficaz a través del presente asunto jurisdiccional. Motivo por el cual, se analizará en consulta si la determinación del *A quo* en el sentido de retornarle el beneficio transicional, se encuentra acorde a la normatividad pensional.

Así, necesario es indicar que desde la expedición del Decreto 3041 de 1966, Acuerdo 224 de 1966, Acuerdo 029 de 1983 y Acuerdo 049 de 1990, posteriormente con la Ley 100 de 1993, en el sector privado para adquirir el derecho al riesgo de vejez, es necesario que se consoliden los siguientes requisitos; la edad, la afiliación, las semanas de cotización y, consecuente, el ingreso base de liquidación y la tasa de reemplazo.

Con miras a resolver la *Litis*, de los elementos de convicción integrados al diligenciamiento y relacionados en líneas precedentes, se deduce que Gilberto Puerta Pineda nació el 29 de junio de 1952, razón por la cual, el mismo día y mes del año 2012 cumplió 60 años de edad (fl.16), en igual sentido se acredita que aportó al otrora Instituto de los Seguros Sociales como trabajador dependiente desde el 20 de septiembre de 1973 y hasta el 31 de agosto de 2013 un total de 1.659,71 (fl.68 a 76).

Así las cosas, se tiene que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 indicó como finalidad del régimen de transición, otorgar el beneficio a los afiliados al régimen de prima media con prestación definida que cumplieran con los requisitos de la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema (1° de abril de 1994) tenían 35 o más años de edad si son mujeres o, 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, darles aplicación al régimen legal anterior establecido y en el cual se encontraban afiliados, y en consecuencia, se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

les reconozca el derecho y se liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieran tales requisitos

Así entonces, en principio, el reclamante resulta beneficiario del régimen de transición mencionado, como quiera que contaba con 41 años de edad para el 1° de abril de 1994⁵. Sin embargo, mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 se adicionó el artículo 48 de la Constitución Nacional relativo al derecho a la seguridad social, y en el párrafo 4° de dicha disposición se impuso un límite temporal al beneficio de la transición, indicando que el mismo no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010, salvo para los trabajadores que, estando en éste régimen, tengan además 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del referido Acto Legislativo, a los que se les mantendría dicho régimen de transición hasta el año 2014.

Por tanto, pasa la Sala a determinar si de las pruebas allegadas se puede advertir que el demandante cumple con las previsiones de este Acto Legislativo, teniendo en cuenta que al lograr la edad de 60 años con posterioridad al año 2010, lo propio es concretar si alcanzó las 750 semanas a la data de vigencia del acto constitucional.

En tal contexto, referente a la excepción prevista en el párrafo 4° transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, el señor Gilberto Puerta Pineda logró demostrar las 750 semanas cotizadas para el 29 de julio de 2005, para así extender el beneficio transicional hasta el año 2014, pues contabilizadas las semanas cotizadas hasta dicha fecha conforme al reporte de semanas a folio 68 a 76, se concluye que para tal data reportaba 1244 semanas efectivamente cotizadas para el 29 de julio de 2005.

⁵ Folio 16



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

De suerte que, el demandante reunió los requerimientos establecidos por el Acto Legislativo 01 de 2005 para ser beneficiario del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Por lo que fluye diáfana la procedencia en la súplica incoada por la parte accionante, lo que de contera implica confirmar la decisión primigenia al respecto.

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.

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 6 de agosto de 2020 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** que traslade a **COLPENSIONES** los gastos de administración deducidos en vigencia de la afiliación de **GILBERTO PUERTA PINEDA**, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

TERCERO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia sin costas, dado el resultado del 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.

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-



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

ACLARACIÓN DE VOTO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GILBERTO PUERTA PINEDA
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. (RAD. 08201800605 01)**

M.P. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones que adopta la mayoría de la Sala, me permito aclarar el voto dentro del asunto de la referencia, precisando que si bien es cierto, en la demanda se solicitó la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS y que en la ponencia que acompaña se habla indistintamente de nulidad y/o ineficacia como si se tratara de la misma figura jurídica, no es menos cierto que, el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, criterio que se acompasa con lo expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **CARLOS FERNANDO SANABRIA SINUCO** CONTRA **CORPORACIÓN GIMNASIO LOS PINOS** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de octubre 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: El señor **CARLOS FERNANDO SANABRIA SINUCO** a través de apoderado judicial, pretende se declare que el contrato de trabajo celebrado con la **CORPORACIÓN GIMNASIO LOS PINOS** para el periodo del 24 de enero al 14 de diciembre de 2018, tenía el mismo objeto, actividades y cargo al contrato suscrito y desarrollado por el lapso de 14 de enero a 13 de diciembre de 2019, siendo sucesivos; se declare que la cláusula 5ª del segundo contrato denominada periodo de prueba, no produce ningún efecto, resultando injusto el despido del 28 de febrero de 2019; como consecuencia de lo anterior, se condene al pago de los salarios debidos al tenor del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo (folio 4).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 y 4 del diligenciamiento, que en síntesis advierten que celebró contrato de trabajo a término fijo con el Colegio demandado, para desarrollar las labores de docente de expresión artística, mismo que se ejecutó del 24 de enero al 14 de diciembre de 2018 sin recibir llamados de atención o quejas por su desempeño. Informa que para la última data, recibió comunicación de la pasiva invitándole a continuar en esa institución, de manera que, el 10 de enero de 2019 suscribió contrato de trabajo a término fijo para desempeñar las funciones de docente de expresión artística, con las mismas obligaciones al anterior contrato y devengando como último salario la suma de \$2'459.100. Resalta que el 28 de febrero de 2019 la demandada le informó la terminación del contrato de trabajo, manifestando hacer uso del periodo de prueba y sin citar justa causa.

CONTESTACIÓN: La demandada **CORPORACIÓN GIMNASIO LOS PINOS** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

contra, por considerar que la relación laboral ejecutada con el accionante, correspondió a dos contratos de trabajo independientes el uno del otro, lo que avalaba la inclusión de un periodo de prueba por no ser nexos sucesivos ante la celebración en diferentes fechas.

Excepciones: propuso como medios exceptivos los titulados cobro de lo no debido; pago total de la obligación; eficacia de la terminación de la relación laboral; respecto al despido en periodo de prueba; y existencia del rompimiento de la continuidad laboral (folios 34 a 40).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 6 de agosto de 2020, resolvió **condenar** a la CORPORACION GIMNASIO LOS PINOS al reconocimiento y pago de \$23'197.510 en favor del demandante, Por concepto de indemnización por despido sin justa causa; **declarar no probadas** las excepciones de eficacia la terminación de la relación laboral y cobro de lo no debido; **condenar en costas** a la parte demandada (CD a folio 60 vuelto).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que los vínculos para docentes del sector privado se encuentran regidos por el artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que implicaba contar con la característica de entenderse celebrados por el año o período escolar. Razón por la cual, se evidencia la existencia de 2 contratos de trabajo autónomos, independientes y sucesivos para los ciclos académicos 2018 y 2019, por tener igualdad en las condiciones, demostrando un uso desmedido de la cláusula contractual que reguló el periodo de prueba en vigencia de la segunda relación.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte DEMANDADA interpuso **recurso de alzada contra la anterior determinación**, aduciendo en síntesis como motivos de reparo, que los operadores judiciales se encuentran obligados al acatamiento del precedente vertical emanada de la H. Corte Suprema De Justicia, no siendo aceptable el uso de una sentencia de tutela cuando la Corporación de cierre difiere en el análisis planteado por el despacho, respecto del artículo 102 del CST según el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

proveído SL 1323-2019, así como en la sentencia de constitucionalidad de obligatorio cumplimiento C 483 de 1995 donde se precisó que, si bien existe una modalidad de contratación, las partes pueden estipular una diferente tal como ocurrió en el presente, donde el demandante asintió desde la demanda en la existencia de un contrato a término fijo. Nexo que no cumplió con la continuidad ante la finalización del primero el 14 de diciembre de 2018, con inclusión de fechas límites y sin prestación del servicio por más de 30 días, lo que muestra la legalidad en la cláusula 5ª que impuso el periodo de prueba conforme a los artículos 76 a 80 del CST por tratarse de relaciones totalmente diferentes.

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: Se ratifica en los planteamientos de la demanda y la necesidad de declarar la ineficacia del periodo de prueba, por perder *«su fundamento cuando se está ante una nueva vinculación que en esencia no difiere de las anteriores, que en cambio da lugar a la existencia de contratos sucesivos, en los cuales expresamente solo es válida para el primer contrato»*. Conduciendo al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

Parte demandada: Reclama este extremo procesal se revoque la sentencia de primera instancia aduciendo que, al transcurrir 30 días entre cada vínculo, se rompió la relación laboral y la continuidad que se pretende hacer valer, por lo que, independiente las condiciones del contrato de trabajo ejecutado, el mismo fue a término fijo y sin que se entiendan sucesivos; resultando válida la cláusula del periodo de prueba que rigió el contrato.



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

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 Colegiatura en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si del material probatorio recaudado se logra comprobar la existencia de una vinculación de carácter laboral entre los extremos procesales; de acreditarse lo anterior, corroborar el cumplimiento de los presupuestos normativos para fulminar condena por las acreencias reclamadas.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia de un nexo laboral entre las partes en litigio, pues fue así aceptado por la demandada al contestar el escrito introductor; lo que se constata igualmente de los medios de convicción obrantes en el plenario, analizados bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT, en especial, los integrados en medios magnetofónicos a folios 10 y 46 de las diligencias; copia de los contratos de trabajo a término fijo (folios 14, 48 a 57), carta de terminación del contrato de trabajo (folio 58), e interrogatorios absueltos por el demandante y la representante legal de la Corporación Gimnasio Los Pinos (CD folio 60); probanzas de las cuales se colige, que bajo el marco de dos contratos a término fijo, CARLOS FERNANDO SANABRIA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

SINUCO laboró al servicio de la demandada ejecutando el cargo de Docente de Expresión Artística, donde el primero se desarrolló del 24 de enero a 14 de diciembre de 2018 y, en segundo, en el interregno del 14 de enero a 28 de febrero de 2019.

Empero, la disidencia persiste en lo concerniente a la naturaleza de los vínculos laborales celebrados, en tanto ha defendido la parte demandada que pese a estar en un ámbito educativo con integración de un docente, tal escenario no releva a las partes de la potestad de escoger la modalidad contractual y, en suma, de adelantar la labor a través de los contratos generales previstos en el compendio sustantivo del trabajo, entre ellos, el de termino fijo; aduciendo su contraposición a lo declarado por la Juez de Primera Instancia al anunciar que se rigió al tenor del artículo 101 *ejusdem*.

Con el propósito de analizar tal tópico, lo primero que debe indicar esta Colegiatura es que las instituciones contractuales, regladas en las normas sustantivas laborales, al encontrarse debidamente instituidas por el legislador, en manera alguna puede considerarse como vulneradoras de los derechos de los trabajadores enmarcados en tales estipendios, bien por sus calidades, tiempos de duración o derechos derivados, en tanto, la naturaleza contractual comporta no solo la búsqueda de un fin constitucional como el derecho al trabajo, la seguridad social, entre otras, sino a su vez, la necesidad de plasmar en manera, por lo menos general, las situaciones a solventar por el empresario que pueden dar paso al fin u objeto societario, así como algunos escenarios que, ajenos a su propósito, deben desarrollarse con apoyo de trabajadores.

Fue con ocasión a ello, que se establecieron sendas singularidades contractuales en el régimen laboral colombiano, para velar por el desarrollo de aspectos continuos (artículo 46 y 47 del CST),



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ocasionales, accidentales o transitorios (artículo 6° del CST), y los que hacen parte de una mixtura al permearse de un individualidad en su ejecución, que logran enlazarse en una sola obra a desplegarse (artículo 45 *ejusdem*).

Así, diáfano resulta concluir, que las formas de vinculación laboral se diferencian no en los estipendios o beneficios derivados para quien desarrolla o presta un servicio, en tanto, cada uno cuenta con aquellas acreencias derivadas de su ejecución, como salarios, prestaciones sociales, vacaciones, seguridad social, entre muchas; sino en la duración o cantidad de tiempo que se despliega para su realización.

Razón por la cual, en desarrollo de la cuestión planteada por la parte accionada, es que este Juez Colegiado encuentra certeza en la disidencia invocada, pues aun cuando resulta incontrovertible que el artículo 101 del CST describe la modalidad de vinculación para los docentes de establecimientos privados, dicha enunciación no emana como una regla inamovible para el ingreso de educadores, sin racero de objetividad, por contar las partes contratantes con la potestad de seleccionar aquella modalidad que logre, bajo el faro de la consecución de derechos para cada uno, generar una conjugación precisa entre los derechos al trabajo y el desarrollo de empresa.

De suerte que, en lo que comporta la naturaleza del vínculo suscrito por el accionante y la convocada a juicio, advierte esta Sala de Decisión que el mismo resulta ser fácilmente identificable de una lectura de los folios 14 a 22, donde anuncia la celebración de un «*CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO DEFINIDO*» que, conforme a la cláusula segunda, comportaría una duración «*desde el 24 de enero de 2018 hasta el 14 de diciembre de 2018*». Acotación que abriga el segundo contrato adosado a folios 48 a 57 que, en idénticos términos, resalta el termino definido para la franja temporal del 14 de enero al 13 de diciembre de 2019.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Característica que fue confirmada por los contendientes judiciales en el desarrollo de los interrogatorios de parte absueltos, medio magnetofónico a folios 60 vuelto, donde denotaron la aquiescencia en su escogencia, la cual igualmente se relata en el escrito genitor y de contestación que, lejos de reparar su usanza, se describe para buscar la declaratoria de sucesión entre cada uno.

Al punto, juzga conveniente memorar lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, que respecto al presente tópico consideró en sentencia SL 12708-2016 Rad. 45759 del 7 de septiembre de 2016, la posibilidad de agregar trabajadores del cuerpo docente con cualquiera de las formas contractuales impuestas en el estatuto sustantivo laboral. Enseñando a la letra:

«I) Conforme al artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo, el contrato de trabajo con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza se entiende celebrado por el año escolar, concepto que se ha entendido equivalente al del periodo académico, de modo que no necesariamente se refiere a un año sino que puede comprender por ejemplo el semestre universitario.

Sin duda este precepto desarrolla una modalidad especial de duración del contrato de trabajo, distinta de las que menciona el artículo 45 del mismo estatuto laboral, y junto a otras disposiciones legales conforma un régimen especial para estos servidores, algunas de cuyas particularidades son las siguientes:

El régimen está destinado a quienes cumplan labores en condición exclusiva de profesores de colegios, universidades u otros establecimientos particulares dedicados a la enseñanza y se explica porque los servicios de estos trabajadores normalmente no son requeridos durante todo el año calendario ya que las vacaciones estudiantiles suelen prolongarse por varios meses durante dicho año.

*“Conforme quedó definido, contempla una duración contractual presunta de ahí que no requiera la forma escrita, aunque no hay impedimento para que las partes se acojan explícitamente a ella por un acuerdo verbal o documental que desde luego contenga la voluntad de vincularse por el periodo académico. **Pero la modalidad no es forzosa o excluyente para los profesores sino sucedánea o supletiva frente a la ausencia de una expresión válida diferente de los contratantes**, o sea que en principio **estos tienen la posibilidad de convenir cualquiera de las duraciones permitidas, como a término fijo**, indefinido o por la duración de determinada labor, caso en el cual se aplica a la relación laboral el régimen común establecido en la legislación para la respectiva modalidad.”*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

(...)» (Acentúa la Sala)

Al hilo de lo precedente, suma traer a colación lo dispuesto por esa Alta Corporación en sentencia Rad. 36035 del 5 de abril de 2011, al prever:

«De modo que, si demandante y demandado están de acuerdo con la naturaleza temporal del contrato de trabajo -- como aquí ocurrió según se dijo en los antecedentes --, el juez laboral no puede echar de menos la prueba de la existencia de esa formalidad contractual, dado que, se repite, una es la exigencia formal del carácter temporal del contrato de trabajo, sin la cual no puede producir los efectos derivados de tal; y otra muy distinta, la prueba de su existencia»

Reconduciendo el anterior relato normativo y jurisprudencial, a desatender lo dispuesto por el *A quo*, cuando determinó que ambas vinculaciones fueron regladas por el artículo 101 del CST y de contera, celebradas por el periodo académico.

Establecido lo anterior, procede la Sala en sede de instancia a continuar con los demás motivos de recurso.

DEL PERIODO DE PRUEBA – INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Con relación al objeto de inconformidad, el extremo demandado resalta que la cláusula impuesta en el contrato celebrado para la anualidad 2019 se halla bajo las disposiciones normativas, resultando válido y eficaz por la carencia de continuidad con el suscrito para el año 2018, lo que avalaba la imposición de un periodo de prueba.

En el *sub examine*, se detalla que en la cláusula 5ª del contrato de trabajo firmado para el periodo del 14 de enero al 13 de diciembre de 2019, se estipuló:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«PERIODO DE PRUEBA: *Los dos primeros meses del presente contrato de trabajo, se consideran como periodo de prueba de conformidad con los artículos 76, 77, 78, 79, 80 del Código Sustantivo del Trabajo, y por consiguiente, **EL EMPLEADOR** podrá dar por terminado el presente contrato sin justa causa durante este periodo»*

Bajo tal marco de acción, fluye indispensable indicar que esta institución fue prescrita por el artículo 76 del C.S.T., definiendo el periodo de prueba como *«La etapa inicial del contrato de trabajo que tiene por objeto, por parte del {empleador}, **apreciar las aptitudes del trabajador**, y por parte de éste, la conveniencia de las condiciones del trabajo»*. Telemática que encuentra como límite para su imposición, la vislumbrada en el inciso 3° del artículo 78 *ejusdem*, consistente *«cuando entre **un mismo empleador y trabajador** se celebren contratos de trabajo sucesivos, no es válida la estipulación del periodo de prueba, salvo para el primer contrato»*.

Por manera que, de entrada, se evidencia la falencia en el sustento invocado por el Colegio accionado, quien exige la absolución de la condena por la falta de continuidad en la prestación del servicio de Carlos Fernando Sanabria, resaltando un cese de funciones por 30 días; cuando la norma traída a debate en manera alguna valida la estipulación por la falta de solución de continuidad, como si se tratara de un único nexo.

Denótese como, el objetivo ontológico de la institución bajo examen busca permear aquellas uniones contractuales que, por su clara finalización y ante una nueva celebración, ya habían cumplido su razón de ser, se *itera*, el conocimiento de las aptitudes del trabajador. Circunstancia que resalta su relevancia, no en un idéntico nexo como pretende entenderlo el apelante, sino en presencia de una posterior retoma.

Ahora, de interpretarse que la manifestación de continuidad debe involucrar que entre la firma de cada legajo no se presente separación temporal; lo cierto es que aquella precisión tampoco encuentra eco en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

esta segunda instancia, pues no puede perderse de vista que aquel enunciado de «*sucesivos*» tiene que ser revisado para cada asunto en particular, atendiendo las formas de ejecución del objeto social de la demandada y la labor a desplegar.

Así, al estar en presencia de una entidad de educación formal y no formal (folios 23 a 26), que desarrolla su objeto de enseñanza en la modalidad de calendario A, con cese en el momento de terminación del año académico, según lo relató la misma representante legal al absolver interrogatorio de parte (CD a folio 60), quien agregó que la duración de los contratos de los docentes, incluido el demandante, encontraba identidad con el calendario académico; manifestación descrita en similares términos en la cláusula 2ª de ambos contratos de trabajo (fls. 14 y 48). Es que no puede desconocerse que el carácter de sucesivo en el *examine* se encuentra correctamente cubierto, por ser incontrovertible que los momentos en que el GIMNASIO LOS PINOS ejercía las potestades de contratante a título de dador de laborío para los profesores, era en el momento de inicio del año académico, de suerte que, al realizarlo así para dos periodos contiguos es que se ratifica en acierto en el pedimento del demandante.

Concluyéndose que al no proceder un nuevo periodo de prueba cuando obran sucesivas vinculaciones entre los mismos extremos, es que esta Sala de Decisión evidencia el desacierto en su inclusión dentro del segundo contrato de trabajo, que corrió desde el 14 de enero de 2019, al ser vinculado SANABRIA SINUCO para gestar las labores de docente de expresión artística para los periodos académicos de los años 2018 y 2019, ello es, para dos ciclos académicos consecutivos.

Determinación que impedía desvincular al accionante sin la construcción de una justa causa o el pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del CST, lo cual no fue realizado por la CORPORACION



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

GIMNASIO LOS PINOS. Máxime, cuando en la carta de terminación del contrato visible a folio 58, omitió el deber prescrito en el parágrafo 2° del artículo 62 *ejusdem*, a saber, «*la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos*».

Lo antes dicho pone de relieve la orfandad de certeza en los reparos de la demandada, y la indudable confirmación del fallo de primera instancia.

COSTAS.

Se confirma la condena en costas impuesta por el *A-quo*. En esta segunda instancia las costas estarán a cargo de la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$700.000, 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 Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 6 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **CARLOS FERNANDO SANABRIA SINUCO** contra **CORPORACIÓN GIMNASIO LOS PINOS**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



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 demandada, fijando 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 ELVIRA GARCÉS GÓMEZ** 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 veintinueve (29) días del mes de octubre 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 (Santander) y tarjeta profesional 221.228 del C.S. de la J.,

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

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: La señora **MARÍA ELVIRA GARCÉS GÓMEZ** a través de apoderado judicial, pretende se declare beneficiaria del régimen de transición de qué trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; como consecuencia de lo anterior, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar el incremento del 14% por cónyuge a cargo, a partir del 1° de marzo de 2008 junto con las mesadas retroactivas, debidamente indexadas, intereses moratorios, costas y gastos del proceso (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 22 de abril de 1945; que le fue reconocida pensión de vejez a través de la Resolución SUB 26788 del 30 de enero de 2018 a partir del 1° de marzo de 2008, conforme lo dispuesto por el Acuerdo 049 de 1990 y en atención al fallo del 19 abril 2017 preferido por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá. Aduce que el 3 de septiembre 2018 solicitó el reconocimiento y pago del incremento del 14% por su cónyuge José Nafori Bustamante, mismo que fue zanjado desfavorablemente por oficio de símil fecha, quedando agotada así la vía gubernativa. Informa que su cónyuge depende económicamente de ella, al no estar pensionado por ninguna entidad y, convivir bajo el mismo techo, lecho y mesa desde 1966 inicialmente en unión marital de hecho y, desde el 26 de diciembre de 1981, por matrimonio católico.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONTESTACIÓN: La convocada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** adujo su rechazo al *petitum demandatorio* al anunciar que el incremento reclamado se encuentra prescrito; sumado a que, con ocasión a la expedición de la Ley 100 de 1993, los referidos incrementos perdieron vigencia y desaparecieron de la vida jurídica. **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 49 a 55.

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 26 de junio de 2020, resolvió **absolver** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; **declarar** probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación y, **sin condena en costas** (CD a folio 61).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que las manifestaciones de los testigos como hijas de la reclamante, no gozan de credibilidad al presentar serias inconsistencias, como el sitio de residencia de la pareja y de quien es la propiedad, junto con los recursos de manutención de la pareja con anterioridad al reconocimiento pensional. Evidenciándose el ánimo de favorecer a la demandante en sus pretensiones y, sin que obre documental adicional que de cuenta de una dependencia económica.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte **DEMANDANTE** interpuso **recurso de alzada contra la anterior determinación**, aduciendo en síntesis como reparos que se cumplen los presupuestos para acceder al incremento pensional del 14%, al percibir una pensión equivalente al salario mínimo bajo lo dispuesto por el Acuerdo 049 de 1990, y ser beneficiaria del régimen de transición del art. 36 de la Ley 100 de 1993.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Refiere que de las declaraciones se demostró la dependencia económica del cónyuge de la activa, pues si bien viven en una finca de propiedad de una de sus hijas, ello no es objeto de debate, pues lo cierto es que José Nafori carece de recursos económicos y no devenga salario de ninguna naturaleza, así como no está pensionado.

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: Requiere se revoque la determinación de primera instancia, en la medida que de las declaraciones recepcionadas se demuestra la dependencia económica y la carencia de bienes del cónyuge de la pensionada, siendo independiente si cancelaban canon de arrendamiento o si el inmueble es de propiedad de una de sus hijas o si ayudan económicamente a sus progenitores.

Parte demandada: Indica no ser procedente el reconocimiento de los incrementos pensionales por persona a cargo, al no estar dispuestos en la Ley 100 de 1993, ni inmersos bajo el artículo 36 de la misma disposición. Agrega que la H. Corte Constitucional en auto del 23 de mayo del 2018, comunicó la declaratoria de nulidad de la sentencia SU 310 2017, por omitirse el análisis de las modificaciones introducidas con el Acto Legislativo 01 de 2005.

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 3 de septiembre de 2018, militante a folios 28 a 29, 32 a 37.

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 recurso de alzada elevado por el 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 conceder el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo.

INCREMENTO PENSIONAL DEL 14% POR CÓNYPUGE 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 a la señora **MARÍA ELVIRA GARCÉS GÓMEZ** le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución SUB 26788 del 30 de enero de 2018, a partir del 1º de marzo de 2008 y en cuantía inicial de \$461.500, conforme al Acuerdo 049 de 1990 (fls.17 a 21); en igual



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

sentido se logró acreditar que se encuentra casada con **JOSE NAFORI BUSTAMANTE** desde el 26 de diciembre de 1981 (fl. 22)

En lo que respecta a la dependencia económica de JOSE NAFORI BUSTAMANTE respecto de GARCES GARZÓN, esta instancia no encuentra demostrado tal pedimento normativo en el *sub examine*, en la medida que de las declaraciones recepcionadas en el curso de la diligencia, no da cuenta de tal estipendio y, por el contrario, conducen a más dudas que certezas en la materialización de tal lineamiento.

Lo anterior emana de la carencia de convencimiento en el dicho de las dos testigos, señoras ADRIANA MARÍA y GLORIA RUTH BUSTAMANTE GARCES (CD a folio 61), que siendo descendientes de la accionante, demuestran estar impregnadas de la búsqueda del derecho que le beneficiaria a su progenitora, sumado a las diáfanas inconsistencias en sus razones, aduciendo para el efecto Adriana Bustamante Garcés que ella es propietaria de la finca donde habitan actualmente sus padres, pero a su turno, la declarante Gloria Ruth Bustamante -hermana de aquella - señala que se encuentran en arriendo y desconoce el nombre del propietario del inmueble rural o cuanto sufragan por canon de arrendamiento.

Así mismo se resalta, que siendo constantes en aducir que la pareja solo depende del monto que percibe María Elvira Garcés a título de pensión, refieren que JOSE NAFORI era propietario de un local pero que al “quebrar” no volvió a trabajar, sin dar visos de momentos temporales de tal acaecimiento, o si su padre desempeñaba alguna labor, encontrándose silentes en presentar parámetros claros que detallen los aspectos monetarios de José Bustamante. Sobre este tópico, al indagársele a Gloria Ruth Bustamante se limita en imprimir que su padre era comerciante y, que de lo que aquel devengaba,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

solventaban todo lo de la familia; pero, con posterioridad, destaca que el local fue entregado y que sus hijas no les colaboran actualmente.

De manera que, en el *sub judice* no resulta procedente advertir la dependencia de tipo monetario, si quiera relativa, y sin que existan más pruebas en el plenario que lleven a esta Colegiatura en grado de certeza a concluir que JOSE NAFORI BUSTAMANTE depende económicamente de la activa, incumpliendo así con los parámetros del artículo 167 del CGP, que constrañe a la parte demostrar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persigue.

Dimanando indefectiblemente la confirmación del proveído objeto de estudio, por las razones expuestas.

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, dadas las resultas de la alzada, para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma de \$100.000. Liquidense 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 Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 24 de junio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

seguido por **MARÍA ELVIRA GARCES GOMEZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, pero de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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, dadas las resultas de la alzada, para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma de \$100.000. 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

-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 DE TRÁMITE Y FALLO CELEBRADA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **GLORIA LILIA PULIDO MOLINA Y ANGIE MARCELA HERNÁNDEZ PULIDO** 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 veintinueve (29) días del mes de octubre 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 **Samuel Eduardo Meza Moreno** identificado con cedula de ciudadanía No. 1.098.719.007 y tarjeta profesional 268.676

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

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: las señoras **GLORIA LILIA PULIDO MOLINA** y **ANGIE MARCELA HERNÁNDEZ PULIDO**, por intermedio de apoderado judicial, promovieron demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES- para que previo el trámite procesal correspondiente se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su cónyuge y padre, en su respectivo orden, Gonzalo Hernández Rincón a partir del 9 de julio de 1997, junto con los respectivos incrementos y las mesadas adicionales a que haya lugar; los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas procesales. (fl. 4 y 5)

Fundamenta sus pretensiones en los hechos que se encuentran relacionados a folios 2 a 4 de las diligencias, en los que en síntesis indica, que el señor Gonzalo Hernández Rincón (q.e.p.d) nació el 12 de mayo de 1948; que el causante convivió en unión libre con Gloria Lilia Pulido Molina a partir del 7 de agosto de 1993 hasta la fecha del deceso; que de dicha unión se procreó a joven Angie Marcela Hernández Pulido; que el 9 de junio de 1997, falleció el señor Hernández Rincón; que el fallecido afiliado cotizó a pensión desde el 19 de enero de 1994 hasta el 9 de junio de 1997; que el *de cujus* cotizó en pensión un total de 592.71 semanas; que para la data del deceso el causante se encontraba laborando para el empleador Monroy Caro Enrique Alfonso; que el 10 de julio de 1997, la señora Pulido Molina y su menor hija se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

presentaron ante el otrora Instituto de los Seguros Sociales en procura del reconocimiento pensional a causa del fallecimiento de su compañero y padre;; que mediante Resolución 3557 de 29 de abril de 1998, les fue negada la prestación pensional; que se les reconoció una indemnización sustitutiva en cuantía de \$1'900.000; que dependían económicamente del fallecido afiliado; que Angie Marcela Hernández Pulido padece de neurofibromatosis desde su natalicio; que con ocasión del fallecimiento del progenitor tuvo que cesar por un interregno aproximado de 4 meses el suministro de los medicamentos con que trata su patología; que en el mes de marzo de 2007, elevaron solicitud de revocatoria directa de la Resolución 33557 de 29 de abril de 1998, la cual fue negada mediante Acto Administrativo GNR 321885 de 19 de octubre de 2015; que Angie Marcela Hernández Pulido se encuentra cursando actualmente estudios de educación superior.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** manifestó su oposición frente a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar que el causante no acreditó el número de semanas que impone la norma pensional para dejar causado el derecho que por esta vía se reclama, sumó a ello, que en el caso bajo estudio no hay lugar a dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa por cuanto el deceso no acaeció en el interregno de 29 de enero de 2000 al 29 de enero de 2003.

Excepciones: propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (fl. 84 a 100).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DECISIÓN: Luego de surtido el trámite procesal, el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 13 de marzo de 2020, resolvió **declarar** probada la excepción de no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria; **declarar** parcialmente probadas las excepciones de prescripción y compensación; **declarar** que la demandante Gloria Lilia Pulido Molina en calidad de compañera y Angie Marcela Hernández Pulido , en calidad de hija del causante Gonzalo Hernández Rincón, tienen derecho a percibir la pensión de sobrevivientes en cuantía de equivalente al 50% para cada una, sobre el valor total de la mesada pensional correspondiente al salario mínimo de cada anualidad, a partir del 15 de junio de 2014, a razón de 14 mensualidades al año; **condenar** a Colpensiones a reconocer y pagar a Gloria Lilia Pulido Molina la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su compañero Gonzalo Hernández Rincón, en cuantía inicial igual al 50% de un salario mínimo legal mensual vigente para cada año, a partir del 15 de junio de 2014, a razón de 14 mensualidades al año, y a incrementar en un porcentaje igual la mesada, una vez extinguidas las causales que le dieran origen al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la hija del causante; **condenar** a Colpensiones Colpensiones a reconocer y pagar a Angie Marcela Hernández Pulido la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su padre Gonzalo Hernández Rincón, en cuantía inicial igual al 50% de un salario mínimo legal mensual vigente para cada año, en cuantía inicial igual al 50% de un salario mínimo legal mensual vigente para cada año, a partir del 15 de junio de 2014, a razón de 14 mensualidades al año, y hasta el 31 de junio de 2017, a menos que se acredite que se encuentra in curso en una cualquiera de las situaciones de que trata el numeral 2° del artículo 27 del Acuerdo 049 de 1990 para extender el derecho pensional más allá y hasta el 19 de junio de 2021; **autorizar** a Colpensiones a descontar del retroactivo lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva a favor de las demandantes,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

mediante Resolución 3557 de 1998 y los aportes a seguridad social en salud; **absolver** de las demás pretensiones a Colpensiones y **condenar** en costas a la demandada.

Lo anterior por considerar el *a quo* que, en lo referente a la complementación de la historia laboral, no se acreditó por medio probatorio alguno la existencia de tiempos laborados y no cotizados. En cuanto al derecho pensional se hace necesario acudir al principio de la condición más beneficiosa, lo cual lleva al estudio del régimen anterior, esto es, el Acuerdo 049 de 1990. En el caso bajo estudio, se tiene que el afiliado cumplió con los requisitos que imprime la norma para causar el derecho pensional que por esta vía se reclama; del mismo modo se acreditó la calidad de beneficiarias de las demandantes, si se tiene en cuenta que cumple con la condición de cónyuge supérstite e hija menor del causante, sin que resulte incompatible la prestación pensional con la indemnización ya otorgada por parte de la demandada, eso sí, efectuándose el respectivo descuento de lo allí cancelado.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo* las demandantes **ANGIE MARCELA HERNÁNDEZ PULIDO** y **GLORIA LILIA PULIDO MOLINA** formularon recurso de apelación, en el que en suma indican, que la sentencia de primer grado no tuvo en cuenta, al momento de estudiar el fenómeno extintivo de la prescripción, que el mismo no opera cuando en el proceso median menores de edad, como es el caso de la joven Angie Marcela Hernández Pulido, en tal virtud, a aquella se le debió reconocer la prestación pensional desde el mismo momento del fallecimiento de su padre y no como lo determinó el sentenciador de primer grado, a partir del 115 de junio de 2014, suma a lo anterior, que en el presente asunto hay lugar a la condena por concepto de intereses moratorios, en el entendido que no importa el régimen aplicable, sea Ley 797, sea Ley 100, sea régimen de transición Acuerdo 049, o las demás normas que se le aplican a los servidores públicos, pues la norma que los consagra estipula que son procedentes ante la tardanza en el reconocimiento de las prestación pensional.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** censura la providencia de primer grado, al considerar, en esencia, que si bien es cierto el causante era beneficiario del régimen de transición, al momento de su deceso no dejó causado el derecho pensional pues no acreditó los requisitos que impone la norma para tal fin, así mismo señala, que en el presente asunto no se dan los presupuestos para acceder a la pensión de sobrevivientes, pues la norma que regula el caso bajo estudio es la Ley 100 de 1993, la que exige un número mínimo de semanas cotizadas a la fecha del deceso del afiliado, aspecto este que no se cumplió en el *sub examine*. Por último, solicita, que de acceder a las pretensiones de la demanda, no se condene en intereses moratorios a la Entidad, toda vez que aquellos fueron incorporados por la Ley 100 de 1993, y el derecho se reconoce bajo los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990.

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: La parte demandante allegó escrito de alegatos de conclusión, en el que solicita se despache de forma favorable el recurso de alzada por aquella formulado, al considerar que, el *a quo* no tuvo en cuenta que la señorita Angie Marcela Hernández Pulido, para la fecha del fallecimiento de su señor padre, esto es, el 9 de junio de 1997, era menor de edad y tan sólo contaba con 11 meses y 20 días de edad, por tal razón para ella no aplica el termino de prescripción por ostentar la condición de menor, suma a lo anterior, que es procedente la condena por concepto de intereses moratorios en tanto, la prestación se solicitó



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

en varias oportunidades siendo negada por la encartada en desconocimiento del precedente judicial.

Parte demandada: En la oportunidad procesal otorgada, la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones**, recorrió el traslado para alegar de conclusión, en el que solicitó la absolución de la Entidad a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar, que mediante Resolución 3557 del 29 de abril de 1998, el Instituto de otrora Instituto de las Seguros Sociales, negó el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes a las demandantes, toda vez que no se cumplían con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, y que dentro de la misma resolución, les ISS concedió la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, otorgándole a cada una de las solicitantes un valor único de indemnización de \$959,571, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, suma a lo precedente, que se efectuó un nuevo estudio en el que se constató que el fallecido afiliado no dejó causado el derecho a la pensión pretendida.

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, pues así se desprende de la documental vista a folios 23 a 31 del informativo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROBLEMA JURIDICO

Con arreglo a lo indicado en la demanda, la contestación de la misma, lo expuesto en los recursos de alzada y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver, si las demandantes Angie Marcela Hernández Pulido y Gloria Lilia Pulido Molina, son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes con ocasión al deceso de Gonzalo Hernández Rincón, en la condición de hija y compañera permanente, en su respectivamente, en aplicación al principio constitucional de la condición más beneficiosa.

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 consideración a que ninguna de las documentales aportadas fueron tachadas de falsas o reargüidas por las partes bajo los parámetros trazados por los artículos 269 y S.S del C.G.P. Así, se tiene entonces, certificado individual de defunción (fl. 16); registro civil de nacimiento (fl. 17); cédula de ciudadanía del causante (fl. 18); cédula de ciudadanía de las demandantes (fl. 20 y 21); Resolución 3357 de 1998 (fl. 22); Solicitud de revocatoria directa (fl. 23 a 31); reclamación administrativa (fl. 32 a 37); Resolución GNR 321885 de 19 de octubre de 2015 (fl. 39 y 40); certificación emitida por la Universidad Santo Tomas (fl. 41); copia de carné estudiantil (fl. 42); historia laboral de la señora Gloria Lilia Pulido Molina (fl. 66 a 71); expediente administrativo (fl. 81); historia laboral del causante (fl. 105107).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 “afiliado causante” y el posible beneficiario de la prestación deben cumplir separadamente dos clases de requisitos, a saber, al *de cuius* 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.

Ahora bien. 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 9 de junio de 1997, como da cuenta el certificado individual de defunción obrante a folio 66, el documento notarial que reposa a folio 19 del informativo y la Resolución 3557 de 29 de abril de 1998, emitida por el Instituto de los Seguros Sociales, motivo por el cual, le es aplicable el régimen previsto en los artículos 46 y 47 de Ley 100 de 1993, en su redacción original, norma que establece que:

«Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

(...)

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte, y

b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Al constatar si el afiliado dejó causada la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios, se tiene, que según la documental obrante a folio 22 del informativo consistente en Resolución 3557 de 29 de abril de 1998 y reporte de periodos cotizados al ISS, el causante cotizó un total de 530.43 semanas, no obstante, ninguna fue cotizada dentro del año anterior al fallecimiento, ya que el último aporte se realizó el 30 de abril de 1996, tiempo este, que no le permite acceder a la pensión deprecada como quiera que la norma exige para ello acreditar 26 semanas cotizadas en el año anterior al deceso.

Pese a ello, si bien no se dan los presupuestos para acceder a la pensión bajo los parámetros de la ley 100 de 1993, lo cierto es, que en virtud del principio constitucional de la condición más beneficiosa, la Sala procede a estudiar la prestación de conformidad con los artículos 6° y 25 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año, como así lo ha señalado la Honorable Corte Suprema de Justicia entre otras, en la sentencia del 13 de marzo de 2012, RAD: 41816, MP: CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE, donde indicó:

«... como es punto indiscutido que el fallecimiento del afiliado ocurrió el 22 de julio de 1996, es la Ley 100 en cita la que regula lo atinente a la resolución del asunto, y a esa conclusión arribó el fallador de segundo grado quien, además, estimó que, tal como lo ha sostenido esta Corte, es posible aplicar el principio de la condición más beneficiosa, cuando se cumplan los requisitos exigidos en el régimen anterior, en consideración a que la última norma redujo drásticamente el requisito de densidad de aportes al ISS en relación con la anterior que tenía mayores exigencias.

En ese orden, ningún reparo de orden jurídico puede endilgársele al Tribunal, pues es claro que el principio de la condición más beneficiosa es aplicable al asunto bajo examen, toda vez que el causante cumplió los presupuestos establecidos en los artículos 6° y 25 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año; basta verificar conforme lo evidenció el Tribunal, que entre el 1 de agosto de 1990 y el 8 de febrero de 1994, esto es, antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 cotizó 184.1398 semanas; en esas condiciones, sus beneficiarios, en este caso la compañera permanente tiene derecho a la pensión de sobrevivientes pretendida».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Así las cosas, se tiene que los artículos 6° y 25 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, exigen para acceder a la pensión de sobrevivientes, acreditar 150 semanas cotizadas dentro de los 6 años anteriores al fallecimiento o 300 en cualquier tiempo, aclarando, que para el conteo de semanas, sólo se pueden tener en cuenta las cotizadas por el causante hasta el 1° de abril de 1994, según lo indicado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral entre otras en las sentencias del 17 de julio de 2013, con radicación interna 42620 y ponencia del Magistrado Rigoberto Echeverri Bueno y la sentencia con radicación 53438 del 5 de agosto de 2015, con ponencia de Magistrado Luis Gabriel Miranda Buelvas, oportunidad en la que la alta Corporación enseñó que:

«En cuanto a las trescientas (300) semanas cotizadas en cualquier época con anterioridad al estado de invalidez -y que para el caso de la pensión de sobrevivientes es con anterioridad al fallecimiento-, deben estar satisfechas al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993.

Respecto de las ciento cincuenta (150) semanas cotizadas dentro de los seis (6) años anteriores al estado de invalidez -y que igualmente para el caso de la pensión de sobrevivientes, son anteriores al fallecimiento-, esa densidad debe estar satisfecha pero contabilizando ese tiempo desde el 1° de abril de 1994 hacia atrás, y adicionalmente tener esa misma densidad en los seis (6) años anteriores a su fallecimiento»

Al verificar entonces si se cumplen los requisitos establecidos en la norma en cita para que las demandantes accedan a la pensión de sobrevivientes, encuentra la Sala que el señor Gonzalo Hernández Rincón (q.e.p.d), cotizó un total de 416.14 semanas con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, tal como se desprende de la documental que gravita a folios 105 a 107 de las diligencias, cumpliendo así con el requisito de las 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo que exige el mentado acuerdo para la pensión deprecada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Establecido el primero de los requisitos que imprime la norma en cabeza del causante, esto es, haber dejado causado el derecho, procede esta Corporación a la constatación del segundo de los pedimentos para acceder a la prestación pensional, esto es, la calidad de beneficiarios de los demandantes y su dependencia económica para con el *de cujus*.

De esta manera, no es tema de controversia la calidad de compañera permanente del causante que ostenta la señora Gloria Lilia Pulido Molina, como tampoco la de hija por parte de Angie Marcela Hernández Pulido, ello, por cuanto el extinto Instituto de los Seguros Sociales desde la Resolución 3557 de 29 de abril de 1998, así lo dispuso, de igual manera, tal situación se logra acreditar con el respectivo registro civil de nacimiento visto a folio 17 del expediente, de los cuales no se desprende situación alguna que modifique el estado civil de los allí intervinientes.

De otro lado, y en lo que respecta al requisito de la dependencia económica, si bien es cierto, con la demanda no se allegó medios de convicción que soportaran tal pedimento, no menos cierto es, que desde la expedición de la Resolución 3557 de 29 de abril de 1998, la encartada reconoció la calidad de beneficiarias que ostentaban las demandantes, respecto del causante, el reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez del afiliado fallecido, sin que en el desarrollo del proceso que hoy ocupa la atención de la Sala, la enjuiciada ejerciera oposición en torno a este aspecto, pues contrario a ello, la negativa al reconocimiento pensional se basó en la ausencia de semanas mínimas que impone la norma pensional para acceder a dicha prestación.

Ahora bien, en cuanto al derecho que tienen los hijos, legalmente se impone su reconocimiento a aquellos menores de 18 años edad o que siendo mayor de 18 años, acrediten estudios y será hasta los 25 años



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

el tiempo máximo de reconocimiento prestacional, ello claro está, si no son hijos inválidos. De esta manera, y al descender al caso puesto a escrutinio de esta Corporación, se tiene que Angie Marcela Hernández Pulido, cumplió la mayoría de edad el 19 de junio de 2014, lo que en principio llevaría a que aquella dejara de percibir el beneficio prestacional a partir de dicha data, sin embargo, al expediente se allegaron certificados de estudios que dan fe, que al menos hasta el mes de junio de 2017, la joven Hernández Pulido cursaba la carrera de Administración de Empresas en la Universidad Santo Tomas, lo que de contera lleva a que el beneficio prestacional se le extendiera hasta dicha data, o en caso de acreditarse continuidad, hasta que cumpliera los 25 años de edad.

Establecidos así los requisitos, debe estudiarse el porcentaje de reconocimiento prestacional, para lo cual, basta con indicar tal como lo dispuso el operador judicial de primer grado, a la señora María Del Carmen Hernández Pinto le corresponderá el 50% de la mesada pensional, y el restante 50% a la joven Angie Marcela Hernández Pulido, al ser las únicas beneficiarias que se presentaron a reclamar la prestación pensional, emolumento que se reconocerá, para el caso de la joven hija, hasta el momento en que cesen los presupuestos contenidos en la norma pensional para que la descendiente se haga beneficiaria de la prestación pretendida, instante en el que el porcentaje de la progenitora se incrementará porcentualmente hasta alcanzar el 100% de la prestación deprecada.

Por lo hasta aquí expuesto, ningún reproche merece para esta Corporación la determinación a la que arribó el sentenciador de primer grado en torno a que el *de cuius* dejó causada la prestación pensional que por esta vía se reclama, tampoco existe discrepancia en lo atinente a que las demandantes son beneficiarias de la prestación pensional causada por el fallecimiento del afiliado, así como su porcentaje de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

adjudicación; razón por la cual se confirmará la sentencia en estos aspectos.

DISFRUTE Y MONTO DE LA MESADA PENSIONAL

En lo que atañe a la fecha de disfrute, como se indicó en presidencia, la misma acaece en el momento en que fallece el causante, por manera que para el caso de autos, será a partir del 9 de junio de 1997, en 14 mesadas al año por haberse causado el derecho con antelación a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, tal como lo dispuso el *a quo*: Ahora bien, en lo que atañe al monto de la mesada pensional, pese a que el causante cotizó sobre la base del salario mínimo legal mensual vigente, y al aplicársele la tasa de remplazo, la mesada pensional arroja un valor inferior al mínimo legal mensual; sin embargo, como quiera que en Colombia las pensiones no pueden ser inferiores a la asignación mínima mensual, la prestación será reconocida en la suma de **\$172.005.00**, confirmándose así la sentencia apelada en este aspecto.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Establecido el derecho en cabeza de las demandantes, 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En el caso puesto a escrutinio de la Sala, se tiene que el causante falleció el 9 de junio de 1997, la reclamación se elevó el 10 de julio de la misma anualidad, la cual fue resuelta mediante Resolución 3557 de 29 de abril de 1998 y, la demanda se radicó ante la oficina judicial de reparto el 15 de junio de 2017, diáfano resulta indicar que dicho fenómeno ya había operado frente a todas y cada una de las mesadas que se causaron con antelación al 15 de junio de 2014, pero ello, frente a la prestación a que tiene derecho la señora Gloria Lilia Pulido Molina.

No sucede lo mismo en el derecho que se encuentra en cabeza de la joven Angie Marcela Hernández Pulido, en tanto tal como lo expuso la parte demandante en su recurso de alzada, frente a dicho extremo activo, el fenómeno extintivo debe examinarse de forma disímil al ostentar la condición de menor de edad al momento del deceso del causante, en tanto para aquellos sujetos de especial protección constitucional (menor de edad) no le es aplicable el termino trienal contenido en la norma adjetiva laboral.

Sobre el particular, cabe señalar que de vieja data la Corte Suprema de justicia ha estudiado la figura de la suspensión de del fenómeno extintivo de la prescripción en aplicación analógica de las normas contenidas en el Código Civil. Es así, que en la sentencia con radicación 11349 de 11 de diciembre de 1998, la Alta Corporación enseñó que:

«La suspensión y la interrupción de la prescripción son dos fenómenos jurídicos distintos, pero como la ley laboral no regula la figura de la suspensión, cabe aplicar, por remisión, las normas del Código Civil sobre el particular, como se indicó en sentencia del 6 de septiembre de 1996, expediente 7565, que se adoptó por mayoría.»

La ley laboral establece una prescripción que frente a la prevista en otras legislaciones, puede considerarse de corto tiempo, que procura la reclamación rápida, consecuente con la necesidad de definir ágilmente las controversias surgidas de una relación de trabajo. Sin embargo, esta proyección cede en ciertas situaciones especiales en las que el Estado debe especial protección a determinadas personas, entre las cuales están los menores de edad, para quienes no corre el término extintivo de la prescripción, mientras estén en imposibilidad de actuar. Vale decir, que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

deja de operar en el momento en que alcanzan la mayoría de edad, o cuando su representante ejerce en su nombre el derecho de acción y en desarrollo del mismo presenta la demanda que corresponda.

En el derecho común, aplicable por remisión a los créditos laborales, el artículo 2541 del Código Civil contempla la suspensión de la prescripción extintiva de las obligaciones y remite al artículo 2530 ibídem para identificar las personas en cuyo favor opera tal figura, dentro de las cuales el artículo 68 del decreto 2820 de 1974, que modificó parcialmente aquella disposición, incluye a "Los menores, los dementes, los sordomudos y quienes estén bajo patria potestad, tutela o curaduría".

Si la norma transcrita extiende el beneficio de la suspensión de la prescripción a los menores, los dementes y los sordomudos, y expresamente se refiere a quienes cuentan con representación legal (patria potestad y guarda), es claro que la suspensión opera sin consideración a que exista o no tal representación, por lo que debe entenderse que el modificado artículo 2530 del CC contiene un beneficio para determinadas personas a quienes la ley protege sin importar que el sujeto cuente o no con un representante legal eficiente o ineficiente, por lo que el error en que aquel incurra, no puede afectar la situación jurídica del representado»

Criterio que fuera igualmente acogido en las sentencias con radicación interna 39631 de 30 de octubre de 2012 y en una más reciente en la sentencia SL 10641 de 2014, en las que el Órgano de cierre en materia laboral moduló respecto al fenómeno extintivo de la prescripción, en materia de menores de edad, que:

«Precisamente, y al acudir la Corte Suprema de Justicia a la normativa civil que consagra la figura de la suspensión de la prescripción, artículos 2541 y 2530, se evidencia que el Tribunal no advirtió la insoslayable circunstancia de que la acción fue promovida, entre otros, por los hijos menores de edad del señor Carlos Arturo Cajar Rivera y, por tanto, la prescripción no puede correr para ellos, mientras no se haya llegado a la mayoría de edad, porque tanto procesal como sustancialmente el eventual derecho discutido en el juicio no hace parte del haber patrimonial del representante legal de los incapaces, sino de sus representados.

Ilustra la cuestión en precedencia, la doctrina recibida por esta Sala en sentencia del 15 de febrero de 2011, radicación 34817:

“Sobre el tema de la suspensión de la prescripción que afecte derechos de los menores, esta Sala de tiempo atrás, por mayoría, definió que los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. P. del T. y de la S.S., no gobiernan lo referente a dicho punto, por lo que se debe acudir a las normas de aplicación supletoria, esto es, a los artículos 2541 y 2543 del C. C.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En sentencia del 7 de abril de 2005 Rad. 24369 se reiteró lo expuesto en la del 18 de octubre de 2000 Rad. 12890 referida por la censura; allí se dijo en lo pertinente:

“La prescripción en el sub lite no puede correr mientras no se haya llegado a la mayoría de edad, porque tanto procesal como sustancialmente el eventual derecho discutido en el juicio no hace parte del haber patrimonial del representante legal del incapaz, sino de su representado...”

Del anterior contexto jurisprudencial se extrae, que en efecto, el fenómeno extintivo de la prescripción no opera en los términos previstos en los artículo 488 del C.S.T., y 151 del C.P.T., y de la S.S., cuando en el debate jurídico se encuentran inmersos menores de edad, pues para aquellos, tal institución extintiva comienza a contabilizarse una vez se adquiere la mayoría de edad, ello por cuanto se tratan prerrogativas *ius* fundamentales de sujetos con especial connotación constitucional y al no hacer parte de los representantes legales el derecho discutido, sino por el contrario, estar en cabeza propia.

En tal virtud, y al descender al caso bajo estudio, encuentra la Sala, que para el momento del deceso del causante, la joven Angie Marcela Hernández Pulido contaba con 11 meses y 20 días de nacida, lo que implica que a la luz de la jurisprudencia decantada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, el fenómeno extintivo de la prescripción, en el caso de la menor, inició a correr a partir del momento en que cumplió la mayoría de edad, esto es, a partir del 19 de junio de 2014, sin importar si se encontraba representada o no por su progenitora, pues se itera, el derecho reclamado recae única y exclusivamente en cabeza de la descendiente.

Dicho lo precedente, y como quiera que la demandante Angie Marcela Hernández Pulido cumplió la edad de 18 años el 19 de junio de 2014, y la demanda se radicó en la oficina judicial de reparto el 15 de junio de 2017, resulta patente que el medio exceptivo propuesto por la encartada no había operado respecto de la joven accionante, razón por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la cual, habrá de modificarse la sentencia apelada, en el entendido de condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de la joven Hernández Pulido a partir del 9 de junio de 1997.

De otro lado, como quiera que la demandada les reconoció a las demandantes una indemnización sustitutiva con ocasión al deceso del señor Gonzalo Hernández Rincón, tal como se desprende de la Resolución 35557 de 29 de abril de 1998, y como quiera que fue propuesta la excepción de compensación por parte de la encartada, procedente resulta autorizar a Colpensiones a descontar del retroactivo pensional el valor que por concepto de la citada indemnización reconoció y pago a las aquí accionantes, por lo que se confirma en este aspecto la sentencia recurrida.

RETROACTIVO PENSIONAL

Establecido como quedó el monto sobre el cual se reconocerá la prestación pensional, sería lo propio entrar a fijar el monto del retroactivo pensional para cada una de las beneficiarias a corte de 30 de octubre de 2020, sin embargo, en atención a que en el presente proceso se acreditó estudios sólo hasta el año 2017, sin que se tenga certeza de la continuidad de los mismo al menos hasta que la demandante Angie Marcela Hernández Pulido cumpla los 25 años, es que surge la imposibilidad de tazar la cuantía de la condena en concreto frente a este aspecto, en tanto el porcentaje de la prestación pensional para cada una de la peticionarias se encuentra íntimamente ligado a dicho aspecto.

INTERESES MORATORIOS

Solicita la parte demandante la imposición en condena por concepto de intereses moratorios en tanto considera los mismos surgen como



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

consecuencia de la falta o mora en el reconocimiento del derecho pensional.

Para resolver basta con indicar que los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, encuentran sus génesis en la tardanza íntegra o parcial en el reconocimiento de la prestación pensional, ello con fundamento a que dicha prestación ostenta la condición de derecho fundamental, sin importar el tipo de pensión legal adquirida, tal como lo señaló la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia SL1681 de 2020.

En la misma providencia el Alto Tribunal, consideró que, sin importar la legislación aplicable, siempre que la prestación se reconozca con posterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, habrá lugar al reconocimiento de los intereses moratorios contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, esto quiere decir, que serán beneficiarios de dicho resarcimiento, tanto los afiliados que se pensionaron con posterioridad a la entrada en vigencia de la citada Ley, como aquellos que se beneficiaron del régimen transicional contemplado en dicho cuerpo normativo, ya sea Ley 33, 71, Acuerdo 049, entre otras.

Lo anterior, al considerar la Corte, que surge el deber para las AFP de reconocer de forma íntegra y puntual las mesadas pensionales, en atención a que no sólo los pensionados de un régimen legal específico se ven afectados por la mora en el pago de la prestación pensional, pues para todos, sin distinción alguna, el dinero que perciben de dicha prestación entra a constituirse en la única fuente de subsistencia, razón por la cual, emana el deber constitucional de proteger a aquellos beneficiarios, ello, se itera, siempre que la prestación se haya reconocido con posterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Sobre el particular, el Órgano de cierre en materia ordinario laboral, en la pluricitada providencia moduló que:

«Para ahondar en razones, el artículo 11 de la citada ley dispone que las pensiones reguladas integralmente por normas anteriores son aquellas adquiridas con antelación «a la fecha de vigencia de esta Ley (sic)». En otras palabras, las pensiones obtenidas después de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, sea en virtud del régimen de transición o según las reglas de la pensión ordinaria de vejez, se entienden incluidas en este sistema, con todo lo que ello implica en materia de convalidación de tiempos, instrumentos de financiación (cálculos actuariales, los bonos pensionales o las cuotas partes pensionales), topes pensionales, reajustes, ingreso base de liquidación, causación de intereses moratorios, entre otras materias.

Así las cosas, es incorrecto afirmar que cuando el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 alude a la mora en el pago de las mesadas pensionales «de que trata esta Ley (sic)», entender por tal únicamente a la pensión de vejez ordinaria, de sobrevivientes y de invalidez. También son de «esta Ley (sic)» prestaciones tales como la pensión especial de vejez por hijo inválido, la pensión de las personas con deficiencia física, síquica o sensorial del 50% (par. 4.º art. 33 L. 100/1993), las pensiones especiales por el desarrollo de actividades de alto riesgo (art. 17 L. 797/2003, D. 2090/2003) o las pensiones adquiridas con fundamento en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Todas estas prestaciones que fijan condiciones especiales para pensionarse tienen su fuente en la Ley 100 de 1993 o, para decirlo de otro modo, son de «esta Ley (sic)».

Al descender al caso puesto a escrutinio de la Sala, se tiene que no es posible acceder a la pretensión del demandante. Así se afirma, por cuanto la pensión aquí reconocida surge en aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa, lo que implica que no se efectúa el reconocimiento como consecuencia de la aplicación del régimen transicional previsto en la Ley 100 de 1993, o en aplicación de alguna de las normas pensionales que surgen con la expedición del Sistema General de Seguridad Social, contrario a ello, se acude de forma directa a las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, lo que lo exceptúa del reconocimiento de la sanción prevista en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues se itera, la prestación no surge como consecuencia de la aplicación de las normas contenidas en el Sistema General de Seguridad Social; en tal virtud, se confirmará en este aspecto la sentencia recurrida.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

De otro lado, al no haberse accedido al reconocimiento de los intereses moratorios, surge patente la confirmación en la condena que se impartió por el *a quo* en el entendido que las sumas derivadas de las condenas aquí formuladas son susceptibles de indexación, ello, como remedio lógico de la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, lo que lleva a la confirmación en este aspecto de lo resuelto en primera instancia.

COSTAS. Se confirma la condena que por este aspecto formuló el *a quo* en primera. En esta instancia se imponen costas a cargo de la parte demandada dado el resultado de la alzada, no se imponen costas a cargo de las demandantes ante la prosperidad parcial del recurso. Para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de \$600.000 en contra de Colpensiones.

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 segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de esta ciudad en audiencia pública celebrada el día 13 de marzo de 2020, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **GLORIA LILIA PULIDO MOLINA Y ANGIE MARCELA HERNÁNDEZ PULIDO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, en el sentido de **DECLARAR** que las demandantes **GLORIA LILIA PULIDO MOLINA** y **ANGIE MARCELA HERNÁNDEZ PULIDO**, en calidad de compañera permanente e hija del causante, en su respectivo orden, tienen derecho a percibir la pensión de sobrevivientes en cuantía equivalente al 50% de la mesada pensional, para cada una, liquidada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

aquella sobre el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, a partir del 15 de junio de 2014 en el caso de la compañera permanente y a partir del 9 de junio de 1997, para el caso de la joven descendiente, por 14 mesadas al año, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia recurrida, en el entendido de **CONDENAR** a Colpensiones a reconocer y pagar a **ANGIE MARCELA HERNÁNDEZ PULIDO** la pensión de sobrevivientes con ocasión a la muerte de su padre **GONZALO HERNÁNDEZ RINCÓN** (q.e.p.d), en cuantía inicial del 50% de un salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, a partir del 9 de junio de 1997, a razón de 14 mesadas al año y hasta el 31 de junio de 2017, a menos que se acredite que se encuentra incurso en una de las causales de que trata el numeral 2° del artículo 27 del Acuerdo 049 de 1990, para así extender el derecho pensional hasta el 19 de junio de 2021, fecha en que cumple los 25 años de edad, conforme se expuso en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

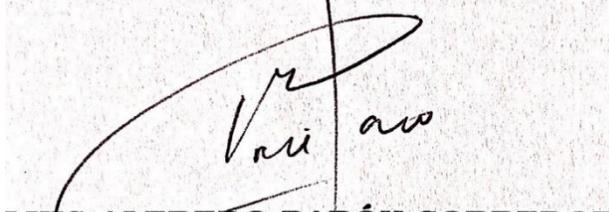
CUARTO: COSTAS. Se confirma la condena que por este aspecto formuló el *a quo* en primera. En esta instancia se imponen costas a cargo de la parte demandada dado el resultado de la alzada, no se imponen costas a cargo de las demandantes ante la prosperidad parcial del recurso. Para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de \$600.000 en contra de Colpensiones.

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 **WILSON BUSTOS** CONTRA **ORGANIZACIÓN CONSTRUCTORA CONSTRUMAX S.A.S. – EN REORGANIZACIÓN** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de octubre 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: El señor **WILSON BUSTOS** por intermedio de apoderado judicial, persigue se declare la existencia de un nexo contractual de carácter laboral con la **ORGANIZACIÓN CONSTRUCTORA CONSTRUMAX S.A.S.**, ejecutada por el interregno de agosto de 2010 a agosto de 2017; como consecuencia, se condene a la **ORGANIZACIÓN CONSTRUCTORA CONSTRUMAX S.A.S.** a pagar las comisiones adeudadas en suma de \$1'397.406, las comisiones pendientes de cancelar en valor aproximado de \$51'397.406, reajuste de prestaciones sociales y vacaciones, junto con las acreencias laborales a título de prima de servicios, auxilio de transporte, cesantías, prima con intereses, horas extras, dominicales y festivos, consignación de la liquidación, aportes a seguridad social en pensiones, indemnización moratoria, sanción moratoria por no consignación de las cesantías, indemnización por no pago de las acreencias a tiempo e indexación (fls. 5 y 6 de las diligencias).

Fundamenta su *petitum* en los supuestos de facto relatados a folios 3 y 4 de las diligencias, que en síntesis advierten que en agosto de 2010 celebró contrato de trabajo con la Organización Constructora Construmax SAS, para desempeñar el cargo de Coordinador de Sala de Ventas de Inmuebles con la obligación de lograr el máximo cierre de ventas de los apartamentos de la pasiva y la verificación de que los clientes realizaron los abonos correspondientes, devengando como último salario la suma mensual de \$3'850.000 más comisiones; mismo que ejecutó hasta el 15 de agosto de 2017. Refiere que le fue impuesto un horario laboral de lunes a domingo con la citación a reuniones después de la jornada laboral, pero sin la cancelación de horas extras nocturnas, festivos y dominicales para los años 2016 y 2017, utilizando los compensatorios para evadir su pago, junto con la inclusión de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

cláusula segunda del contrato que, al ser poco clara, contraría la normal laboral. Agrega que no le fueron consignados los intereses a las cesantías para el año 2016, la prima de junio y la consignación de las cesantías e intereses para el año 2017, no le fueron pagadas las vacaciones, comisiones, la liquidación y \$26'329.379 por los días en que dejó de pagar la prima del primer semestre.

CONTESTACIÓN: La pasiva **ORGANIZACIÓN CONSTRUCTORA CONSTRUMAX S.A.S.**, contestó el *libelo introductor* aceptando la existencia de un contrato a término fijo que, por las renovaciones, se convirtió en indefinido; así como arguyendo la oposición a las demás pretensiones incoadas en su contra, por considerar que no demostró que tenga derecho al reconocimiento de comisiones por un acuerdo contractual, ni probó falta de pago o en qué periodo se causaron los incumplimientos invocados. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados falta de demostración de lo pretendido y las que se prueben dentro del curso de las diligencias, folios 67 a 74.

DECISIÓN

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 25 de agosto de 2020, resolvió **declarar** que entre Wilson Bustos y Construmax SAS existió un contrato de trabajo vigente entre el 3 de agosto de 2010 y el 15 de agosto de 2017, donde desempeñó como último cargo de Director de Ventas y que terminó por renuncia presentada por el trabajador; **condenar** a CONSTRUMAX SAS a pagar a favor del demandante las siguientes sumas: a) comisiones \$1.397.406; b) prima segundo semestre de 2016 \$3.507.932; c) prima primer semestre de 2017 \$3.062.311; d) prima segundo semestre 2017 \$596.115; e) intereses a las cesantías 2017 \$274.265; f) cesantías 2017 \$3.656.858; g) vacaciones 2017 \$1.715.390; h) cesantías 2016 \$5.962.602; **absolver**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra; **condenar** al demandado en costas del proceso (medio magnetofónico a folio 152).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que no se presentó discusión en la existencia del contrato de trabajo y que fue la misma representante legal de la demandada quien, en el interrogatorio de parte, confeso adeudar al actor la suma de \$1'397.406 por concepto de comisiones, así como la prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones, conduciendo a que se fulmine condena por esos ítems. Respecto a la indemnización moratoria aduce que existe una causal justificante en la carencia de pago, como lo es el estado de reorganización empresarial, lo que impide disponer de pagos por la *«imposibilidad de obtener fondos para realizar este pago»*. Finalmente, en lo que atañe a la sanción por no consignación de las cesantías resalta que *«por la manera en que fuera solicitada por el demandante, como quiera que depreca el pago ante la omisión en la consignación a un fondo de cesantías causadas para el año 2017, en donde la obligación no era resorte del empleador de llevar a cabo la consignación, toda vez que la relación laboral se finiquitó o finalizó el 15 de agosto de 2017»*.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte DEMANDANTE interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación aduciendo en síntesis, como motivos de disidencia, que se cumplen los parámetros para imponer condena a título de indemnización moratoria conforme lo dispone la Constitución y los mismos convenios internacionales, al estar en presencia de acreencias de primera clase donde priman los derechos de los trabajadores, siendo esa la razón de que el código establezca la indemnización moratoria pues ellos conocían muy bien en qué etapa estaban, siendo omisos en cancelar. Adiciona que el mismo demandante, desde hace bastante tiempo, reclamó de manera amable



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

el pago o abono de lo debido, siendo una excusa que se encontrarán en proceso de 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: Este extremo procesal guardó silencio.

Parte demandada: Solicita se confirme el fallo de primera instancia, en la medida que *«incluso como miembro directivo de la empresa demandada conocía de forma inmediata las condiciones en qué se encontraba la compañía, lo cual le daba el privilegio de saber la situación real que acontecía y aún así como pretendió tergiversando los criterios que se imponían como políticas para reconocer comisiones por ventas exigir un pago sin que éstas hubiesen configurada (...) Sumado a que la parte demandada no ha negado los conceptos y valores que repaso y confirmó el juzgador de primera instancia, pues son éstos los que están en la lista a ser pagados una vez se otorgue vía libre para hacerlo por parte de la mencionada Superintendencia»*

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 *contestatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de apelación propuesto por la parte accionante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades de la alzada², el determinar si se configuran los presupuestos para fulminar condena a título de indemnización moratoria.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues fue así aceptado por la empresa al contestar el escrito introductor; lo que se constata igualmente de los medios de convicción obrantes en el plenario, analizados bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT, en especial, copia del documento de identificación del accionante (fls.9), citación expedida por el Ministerio del Trabajo (fls.10), solicitud de pago de acreencias laborales (fls.11 y 36), documento titulado liquidación final de prestaciones sociales (fls.13 a 16), copia de contrato de trabajo a término fijo (fls.19 a 21), carta de renuncia (fls.22), autorización dirigida al Fondo Nacional del Ahorro (fls.23), certificación laboral (fls.24); liquidación definitiva del contrato de trabajo (fls.25), acta entrega cargo director de ventas (fls.26 a 34), entrevista retiro (fls.35), imagen fotográfica de conversación gestada a través del aplicativo WhatsApp (fls.37), expediente laboral obrante en la pasiva (fls.107 a 110, 118 a 147, carpeta No. 2), e interrogatorios de parte rendidos por el convocante y la representante legal de la demandada (CD a fl.111); probanzas de las cuales se colige, que bajo el marco de un contrato a término fijo, WILSON BUSTOS laboró al servicio de la demandada CONSTRUMAX S.A.S. por el interregno del 3 de agosto de 2010 al 15 de agosto de 2017, desempeñando como último cargo el nominado Director de Ventas con una asignación básica mensual de \$3.850.000 (fls.19 a 22, 24). Supuestos facticos respecto de los cuales no existe controversia en esta segunda instancia, ante la ausencia de reparo por las partes en litigio.

² Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Establecido lo anterior, procede la Sala en sede de instancia a estudiar el motivo objeto de recurso.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

La acreencia laboral que debate la activa se encuentra estatuida en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, la cual ha sido estudiada *in extenso* por la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, precisando que ésta sanción no es de aplicación automática y, por ende, deben tenerse en cuenta los elementos subjetivos de la mala fe o buena fe, para la aplicación de la norma.

Determinación jurisprudencial vista, entre otras, en la sentencia rad. 38954 del 24 de julio de 2012 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, el advertir que *«el reseñado artículo impone unas consecuencias para el empleador incumplido, solo que, como en múltiples oportunidades lo ha decantado esta Sala, al tratarse de una preceptiva sancionadora, su imposición debe estar precedida de un razonamiento y de una evidencia de que la actuación no se enmarcó en los criterios de buena fe»*

Criterio reiterado en sentencia de casación del 30 de abril de 2013 radicación 42466, con ponencia del Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve, que en ejercicio de las funciones pedagógicas encargadas, indicó *«La <buena fe> equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud»*

De igual manera, ha advertido la Alta Corporación que con el propósito de establecer si la pasiva ha desplegado actuaciones enmarcadas bajo los principios de buena o mala fe, dicho aspecto debe ser analizado para la calenda de fenecimiento del vínculo contractual y no en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

atención a sucesos posteriores; sobre el particular adujo en proveído SL 16884-2016 Rad. 40272 de 16 de noviembre de 2016.

Ahora, atendiendo la distribución de la carga de la prueba, es necesario memorar que bajo el abrigo de las normas generales de la prueba y el traslado de la misma cuando se presenta una negación indefinida, como es la ausencia de pago, bajo lo reglado en el inciso final del artículo 167 del CGP, es precisamente el empleador quien debe demostrar la probidad en el manejo de asuntos de la envergadura que merece el resguardo de los derechos laborales y, con ello, impedir la condena a título de moratoria.

A lo prenotado se suma, que la norma *ejusdem* reclame que le «incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen» y, que en aplicación de la carga dinámica de la prueba, le atañe al extremo procesal que se «consider[er] en mejor posición para probar en virtud de la cercanía con el material probatorio», demostrar aquellos que reclama, es decir, será el llamado a acreditar el supuesto de facto.

Así, bajo tales disposiciones y en tratándose de la demostración de un acto propio, indiscutible resulta concluir que es el empleador el que debe controvertir con pruebas el devenir correcto en su proceder, tal como lo manifestó la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3936-2018 con ponencia de la H. Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, al enseñar:

*«Esta Corte, reiteradamente, ha puntualizado que la sanción moratoria prevista en los artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990, procede cuando quiera que, en el marco del proceso, **el empleador no aporte razones satisfactorias y justificativas de su conducta.** Para esto, se ha dicho que el juez debe adelantar un examen riguroso del comportamiento que asumió el empleador en su condición de deudor moroso y de la globalidad de las pruebas y*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

*circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, en aras de establecer si los argumentos esgrimidos **por la defensa son razonables y aceptables.***

(...)

*Así entonces, no se advierte que el Tribunal se hubiese equivocado al imponer la sanción moratoria en este caso, pues como bien adujo no existen elementos que lleven a pensar que la demandada obró de buena fe, para desconocer los derechos mínimos de la trabajadora y **dicha carga probatoria le corresponde a la accionada** (...) ya que la prueba de la buena fe, se itera, debe ser en concreto» (acentúa la sala)*

Así entonces, conforme al criterio jurisprudencial esbozado, encuentra esta Sala que el proceder de la sociedad convocada a debate judicial para la data de terminación del contrato, no se ajusta a los parámetros exigentes de la indemnización moratoria y, que en síntesis, son aquellos que buscan dilucidar actuaciones de buena fe en el proceder del patrono, pues no obra dentro de las diligencias probanza que demostrara para el 15 de agosto de 2017 diligencia en el pago, o por lo menos, motivos excepcionales para no efectuarlo.

Al punto, no resultan acertadas las manifestaciones de la pasiva al señalar que no contaban con recursos económicos por la difícil situación que atravesaban, pese a reconocer la deuda que los aquejaba a título de acreencias laborales, pues, el simple conocimiento de adeudar rubros laborales no conduce a configurar la existencia de una buena fe, como tampoco lo es el indicar que se encontraba en una situación económica difícil, en tanto dicha manifestación no trascendió del plano probatorio y tampoco corresponde a una justificación válida como lo ha enseñado *in extenso* la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, entre muchas, en la sentencia rad. 34778 del 1° de junio de 2010, al indicar:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«Si bien en la carta de despido se alude a una difícil situación económica del Club como causal de la extinción de la vinculación laboral del actor (fl. 23), tal misiva se erige en prueba del despido pero no acredita la motivación en ella expuesta, que, por otra parte, tampoco es eximente de la sanción moratoria, ni fue alegada al contestarse la demanda.

No sobra recordar que **sobre la crítica situación económica de la empresa la Sala**, de vieja data, ha dicho:

“LA LIQUIDEZ DE LA EMPRESA COMO EXIMIENTE DE MORATORIA:

Conforme a lo explicado, en sentir de la Sala la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibidem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por sí misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N art 333)...” (Sent. 18 de septiembre de 1995, rad. 7393)».

Lo que conlleva sin lugar a dubitaciones adicionales, a condenar al reconocimiento y pago de las indemnizaciones relatadas, pues como lo manifiesta el apelante, no es de recibo el argumento que expone la pasiva para liberarse de la pretensión, al desconocer que es el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

empleador quien tiene la obligación de realizar el pago de las acreencias laborales adeudadas de manera inmediata a la terminación del nexo y sin que se adelantara gestión alguna a fin de suplir el pago debido a la activa. A ello se adiciona, que la enjuiciada fue diáfana en la declaración de parte (CD a folio 111) al anunciar que no le realizó el pago de las acreencias contractuales, cuando tenía la obligación de realizarlo.

Máxime cuando, la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral ha sido constante en adoctrinar que la reestructuración empresarial no constituye un eximente valedero para liberarse de la indemnización moratoria, entre muchas, en la sentencia SL 16884-2016 enseñó:

*«Sin embargo, en atención a que, como ya se explicó, la indemnización no se debe imponer ni excluir de manera automática, la Sala ha clarificado que **no basta con demostrar el sometimiento de la empresa al proceso de reestructuración para prescindir de la condena por indemnización**, pues es preciso, en todo caso, evaluar la conducta del empleador, ya que, incluso en tales estados especiales de recuperación económica, puede incurrir en actos contrarios a la buena fe, que lo hacen merecedor de la sanción (CSJ SL, 3 jun. 2009, rad. 33648; CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 37288). En esta última decisión, la Corte explicó ampliamente:*

(...)

En el proceso de reestructuración de pagos se aprecian claramente dos etapas: una que corresponde a la fijación de los derechos de voto de los acreedores, de acuerdo con el monto establecido de sus créditos; y la segunda, que comprende la negociación propiamente dicha, cuya vocación es la de que finalice con un acuerdo de pagos, para lo cual se cuenta con cuatro meses. Tal acuerdo se ha de celebrar por escrito, donde debe, entre otros temas, dejarse claro el monto de la deuda y los plazos para el pago, y es obligatorio para las partes.

*Precisado lo anterior, encuentra la Sala que **el ad quem no acertó cuando, para efectos de aplicar el artículo 65 del CST, dedujo la buena fe del empleador con la sola admisión de la solicitud del acuerdo, con base en el artículo 17 prenombrado, pues de esta disposición no se desprende que, una vez iniciado el trámite, el empleador quede imposibilitado, indefinidamente, para el pago de los créditos laborales. La negociación, celebración y ejecución del acuerdo no dura indefinidamente; está visto que la finalidad del proceso de reestructuración es reactivar la empresa, sin perjuicio de los derechos de los acreedores, mediante el cumplimiento de las obligaciones dentro de los plazos negociados entre el empresario y los titulares de derecho de crédito a su cargo.***

(...)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

*De acuerdo con lo dicho, **el trámite de reestructuración económica no constituye una premisa definitiva**, que excluya automáticamente la imposición de la indemnización moratoria. En ese sentido, si se prescinde de manera mecánica de la sanción, sin evaluar las condiciones particulares de cada caso, se propicia una interpretación errónea de la norma, que, como ya se analizó, no admite reglas absolutas ni esquemas preestablecidos. Adicionalmente, entre otras cosas, el juez está obligado a analizar si la reestructuración se dio en el mismo periodo en el que se debieron cancelar las acreencias laborales respectivas y, en todo caso, si el empleador cumplió y honró de buena fe los compromisos adquiridos en el referido trámite.*

(...)» (Resalta fuera de texto)

Dimanando en la necesaria revocatoria de la sentencia, no solo porque la reestructuración empresarial fue decretada por la Superintendencia de Sociedades hasta el 9 de enero de 2018 (folio 50 vuelto), ello es, después de más de 4 meses desde la terminación de la relación laboral con Wilson Bustos, sino porque, se suma, no obra elemento de convicción que permita detallar una diáfana intención en solventar las obligaciones contractuales debidas, aun a la fecha y cuando han transcurrido más de 3 años del cese de labores.

De cara a lo anterior, necesario es reseñar que al detallarse probado únicamente el monto salarial referenciado por el demandante en el hecho 23 del *libelo genitor* y aceptado por la pasiva, concerniente a \$3.850.000, será aquel el que permitirá la realización del *quantum* moratorio, más aun, cuando no demostró la consumación diáfana de las comisiones pretendidas, tal como lo declaró el *A quo* y no fue confrontado en esta segunda instancia, ni ejecutó un planteamiento jurídico y probatorio para determinar el carácter salarial de los demás elementos percibidos.

Así, le incumbe el otorgamiento de la indemnización de que trata el art. 65 del CST, que corresponde a un día de salario por cada día de retardo a razón de un valor diario de **\$128.333** desde la terminación del nexo y hasta que se satisfagan las prestaciones sociales debidas declaradas por el Juez de primer grado, en la medida que la H. Corte



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Constitucional en el estudio de exequibilidad del artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, advirtió que el pago de un día de salario por cada día de retraso debe ir hasta la fecha efectiva de pago, siempre y cuando la parte demandante presente el *libelo incoatorio* dentro de los 24 meses siguientes a la terminación de la relación laboral, tal como acaeció en el presente asunto.

Conduciendo a la adición de la sentencia, en lo tocante.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de esta ciudad en audiencia pública virtual celebrada el 25 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **CONDENAR** a la **ORGANIZACIÓN CONSTRUCTORA CONSTRUMAX S.A.S. - EN REORGANIZACIÓN** a pagar a **WILSON BUSTOS** la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, a partir del 16 de agosto de 2017 a razón de un valor diario de **\$128.333** y hasta que se satisfagan las prestaciones sociales debidas y condenadas, conforme a la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.



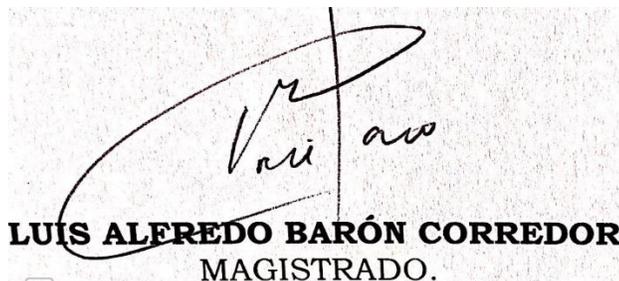
República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

TERCERO: 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 **FABIO VICENTE GONZÁLEZ BECERRA** CONTRA LA **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 veintinueve (29) días del mes de octubre 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

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

cedula de ciudadanía No. 1.015.681.100 y tarjeta 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 **FABIO VICENTE GONZÁLEZ BECERRA** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prime Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a la AFP Colfondos S.A., en el mes de noviembre del 2000; en consecuencia, solicita se ordene a la AFP Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías, a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones la totalidad de los aportes pensionales obrantes en la cuenta de ahorro individual de aquel; igualmente solicita, se ordene a Colpensiones a realizar todas las gestiones administrativas para recibir los aportes de Colfondos S.A., y tenga al accionante como afiliado a la entidad pensional sin solución de continuidad; condenar a las demandas a lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas procesales. (fl. 5).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 a 5 de las diligencias, que en síntesis advierten, que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales el 20 de septiembre de 1977; que el 11 de julio de 1989, ingresó a laborar en la Escuela de Medicina Juan N Corpas; que encontrándose laborando en la citada institución educativa, en el mes de noviembre del 2000, y con el consentimiento de la Oficina de Personal, se presentaron asesores de Colfondos S.A., quienes con información «engañosa», le solicitaron firmar documento para estudio de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

conveniencia del traslado de régimen pensional; que el 10 de noviembre del 2000, sin efectuarse el aludido estudio, se llevó a cabo la afiliación al fondo privado; que no le fue entregada, por parte de la AFP, la información clara, cierta y precisa acerca de las implicaciones que acarrearía el traslado de régimen pensional; que el 16 de mayo de 2018, elevó solicitud de traslado ante Colpensiones, la cual fue negada el 17 del mismo mes y año; que el mismo 16 de mayo de 2018, radicó ante Colfondos S.A., solicitud de anulación de la afiliación.

CONTESTACIÓN: la demandada **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS** se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en el escrito demandatorio, al considerar, en esencia, que el acto jurídico de traslado se desarrolló de forma libre y voluntaria por parte de la demandante, sin que en ello operara presiona alguna, en igual sentido afirmó que el error de hecho no vicia el consentimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1508 del C.C; sumó a lo anterior, que de existir algún tipo de causal de nulidad, la misma encuentra cobijada por el fenómeno extintivo de la prescripción. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los de 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, ausencia de vicios del consentimiento y la innominada o genérica. (fl. 54 a 66).

A su turno, la accionada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que en el presente asunto no se acreditó la existencia de vicio alguno en el consentimiento que decante en la anulación del acto jurídico de traslado, del mismo modo, se probó que la decisión adoptada por el demandante estuvo precedida de la voluntad y la libertad previstas en la ley, sumó a ello, que el accionante se encuentra inmerso en la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

prohibición contenida en la Ley 797 de 2003. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (fl. 71 a 86).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 18 de junio de 2020, resolvió **declarar** la ineficacia de la afiliación del demandante a la sociedad Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías; **declarar** que para todos los efectos el accionante nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; **condenar** a la AFP Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías, a trasladar, en un término no mayor a 90 días, a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del actor, tales como, aportes o cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, sumas adicionales con intereses o rendimientos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del C.C; **ordenar** a Colpensiones a admitir el traslado del demandante; **declarar** no probados los medios exceptivos propuestos por las demandadas y **condenar** en costas a Colfondos S.A. (fl. Cd. 147)

Lo anterior por considerar el *a quo* que en atención y aplicación a los lineamientos jurisprudenciales emanados por el Órgano de cierre en materia ordinario laboral, como doctrina probable, se tiene que en casos como el aquí debatido, surge en cabeza de las AFP, el deber de información y buen consejo dado el impacto que tiene el traslado de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

régimen en el derecho pensional del afiliado, mismo que no se acreditó en el devenir del proceso por parte de las AFP demandada, en tanto no allegó material probatorio alguna que diera cuenta del cumplimiento de dicho deber.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, elevó recurso de apelación contra la anterior determinación, en el que afirma como motivos de disidencia, que la afiliación al fondo privado se realizó con base a l ejercicio legítimo que tenía el demandante a la libre escogencia del régimen pensional de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993, sin que pueda alegar que no hubo una debida asesoría cuando se encuentra a portas de acceder al derecho pensional, ello, si se tiene en cuenta que una de las obligaciones del consumidor financiero es el de informarse adecuadamente de las condiciones que rodean el contorno del sistema de pensiones, sumó a ello, que el actor no reúne los requisitos legales para retornar al RPM, ya que no es beneficiario del régimen de transición. Por último, señaló que la decisión allí adoptada quebranta el principio de la sostenibilidad financiera del sistema.

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 allegó escrito de alegatos de conclusión, en el que solicita la confirmación de la sentencia apelada, al considerar que al interior del proceso se acreditó que al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

traslado de fondo, no se puede predicar que la decisión del accionante estuvo precedida de un consentimiento informado, elementos que conducen a que se deba declarar la nulidad e ineficacia del traslado de régimen del actor del entonces ISS a Colfondos.

Parte demandada: En la oportunidad procesal otorgada, la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones**, recorrió el traslado para alegar de conclusión, en el que solicitó la revocatoria de la sentencia apelada, al considerar, que no resulta procedente la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia alegada, en tanto la parte demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003, del mismo modo señala, que en el presente asunto no se acreditó vicio alguno en el consentimiento que decante en la anulación del acto jurídico de traslado, suma a lo precedente, que en lo referente al deber informado, no se le hacía exigencia diferente a la AFP al formulario de afiliación el cual contiene todos los aspectos legales que regulaban la materia para la época. Concluye manifestando, que de accederse a las pretensiones de la demanda, se atentaría contra el principio de la sostenibilidad financiera del sistema.

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 se desprende la documental vista a folio 10 del informativo.

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, en estricta consonancia con los reparos invocados por la demandada en el recurso de apelación, y 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*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por FABIO VICENTE GONZÁLEZ BECERRA al régimen de ahorro individual administrado por COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

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, reclamación administrativa (fl. 10); solicitud de anulación de afiliación elevado ante Colfondos S.A. (fl. 11); historia laboral emitida por Colfondos S.A. (fl. 12 a 14); reporte de días cotizados emitido por Colfondos S.A. (fl. 15 a 18); comunicado de prensa (fl. 67).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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»*.

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:



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 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



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

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 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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.



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

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 definitivos 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.

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



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

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 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 que requiera para tomar decisiones informadas 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

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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 similes 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 analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 21 de septiembre de 1978 tal como se advierte de la historia laboral que obra en el expediente administrativo a folios 91 del informativo, para luego trasladarse a la AFP Colfondos S.A., fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado el demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; 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 ya que ni siquiera se allegó el respectivo formulario de afiliación.

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativa en afirmar que para el momento del traslado de régimen, los asesores se limitaron a indicarle que la mesada pensional sería mejor que la reconocería en su momento el Instituto de los Seguros Sociales, así mismo que podría pensionarse a cualquier edad, y que trasladarse de fondo sería lo más conveniente teniendo en cuenta que el ISS se podría liquidar. (Cd. Fl. 142).



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 del 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 Colfondos S.A., que a todas luces demuestra una inducción al error respecto a la actora, 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 sociedad Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías 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 a la afiliada 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

En virtud de lo hasta aquí expuesto, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó el sentenciador 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.

Por lo hasta aquí expuesto, se confirmará la sentencia apelada.

COSTAS

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la única apelante Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000.

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 Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 17 de junio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **FABIO VICENTE GONZÁLEZ BECERRA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

y **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la única apelante Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000.

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

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-



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FABIO VICENTE GONZÁLEZ BECERRA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS. (RAD. 11201800493 01)

M.P. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones que adopta la mayoría de la Sala, me permito aclarar el voto dentro del asunto de la referencia, precisando que si bien es cierto, en la demanda se solicitó la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS y que en la ponencia que acompaña se habla indistintamente de nulidad y/o ineficacia como si se tratara de la misma figura jurídica, no es menos cierto que, el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, criterio que se acompasa con lo expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JOSÉ GONZALO HERNANDEZ CASTRO** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS Y 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 veintinueve (29) días del mes de octubre 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

A través de memorial incorporado por correo electrónico, bajo el asunto ENTREGA DOCUMENTOS, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES incorpora copia del reporte de semanas

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

cotizadas por el accionante y respuesta a un derecho de petición, pero sin aducir el propósito de las citadas o si reclama el decreto como pruebas.

Por manera que, al resultar inexacto el objetivo perseguido por Colpensiones, es que no se integraran como elementos de convicción, sumado al incumplimiento de las previsiones del artículo 83 del Estatuto Adjetivo Laboral.

En lo que respecta a las peticiones elevadas por JOSÉ GONZALO HERNANDEZ, a nombre propio y adosando misiva de exposición de derechos con entrega de documentos de prueba, que reclama integrar al diligenciamiento y a su historia laboral, se indicará que es huérfano del derecho de postulación anunciado en el artículo 73 del CGP, que a la letra prescribe:

«ARTÍCULO 73. DERECHO DE POSTULACIÓN. *Las personas que hayan de comparecer al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado legalmente autorizado, excepto en los casos en que la ley permita su intervención directa»*

Entendido por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil rad. AC 4538-2018 del 17 de diciembre de 2018, al adoctrinar:

«1. En primer lugar, conviene recordar que si bien es mandato constitucional garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia, su participación en los procesos judiciales, en principio, debe hacerse por intermedio de un abogado, siendo la propia ley la que determina en qué clase de actuaciones no se requiere la asistencia técnica de ese profesional (art. 229 C. P.).

La posibilidad de actuar en un juicio como parte se condiciona, en consecuencia, al llamado derecho de postulación, que viene a ser el que se detenta para obrar en un proceso como profesional del derecho, personalmente o como mandatario de otra persona.

Ese requisito específico de aptitud o cualificación profesional, se relaciona con el carácter técnico del proceso, en la medida que el legislador considera, en términos generales, que la intervención directa de las partes en este, cuando no son abogados, reduciría las posibilidades de éxito de sus reclamaciones y limitaría la agilidad en su tramitación, lo que iría en detrimento de un debido proceso de duración razonable.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Por supuesto que excepciones las hay, y son las previstas en el artículo 28 del Decreto 196 de 1991, en cuyo listado, a propósito, no aparece el trámite propio del recurso de casación.

De lo anterior puede deducirse que no resulta de recibo la petición de aclaración que directamente hace la demandada María de los Ángeles Briceño Moreno, porque además que no la dirige por intermedio de apoderado judicial, ella carece de derecho de postulación, al no anunciarse como abogada y mucho menos acreditar ese habilitante profesional» (acentúa la Sala)

Razón por la cual, al no encontrarse cumplidos los lineamientos de los artículos 28 y 29 del Decreto 196 de 1991, no se efectuará alusión al respecto.

Ahora, atendiendo lo reclamado en correo electrónico, se reconoce personería adjetiva al Dr. **FELIPE ALBERTO GRANADOS PRECIADO** identificado con cedula de ciudadanía No. 1.018.418.797 de Bogotá y tarjeta profesional 222.106 del C.S. de la J., para que actúe en representación de **Colpensiones**, por sustitución concedida por la Dra. Johanna Andrea Sandoval.

Notifíquese,

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

SENTENCIA

DEMANDA: El señor **JOSÉ GONZALO HERNANDEZ CASTRO** a través de apoderado judicial, pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo con la Fundación Hospital San Carlos entre el 1º de julio de 1972 y el 30 de junio de 1974, debiendo condenarse al pago del cálculo actuarial por aportes a pensión; declare que la pensión de invalidez de origen laboral es compatible con la pensión de vejez y, que ser beneficiario del régimen de transición, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión por aportes. Como consecuencia, se condene a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones las semanas de agosto y septiembre de 1994 y, a COLPENSIONES al pago de la pensión de vejez desde el 16 de septiembre de 2014, junto con el retroactivo, indexación, intereses moratorios de qué trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, costas y agencias en derecho (folios 4 y 5).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 1 a 4 del diligenciamiento, que en síntesis advierten que nació el 16 de septiembre de 1954 y, para el 1° de abril de 1994 contaba con más de 15 años de servicios. Indica que la Caja Nacional de Previsión Social mediante Resolución 30615 del 12 de julio de 1993, le reconoció una pensión de invalidez de origen profesional aduciendo normas del sector público y en atención al diagnóstico de esquizofrenia esquizoafectivo causa por su trabajo como guardián de prisiones del Ministerio de Justicia, misma que venga a la fecha. Refiere que en el año 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., donde realizó cotizaciones como independiente en agosto y octubre de 1994; administradora que el 2 de octubre del 2009 le informo la posibilidad de retornar al régimen de prima media, lo cual realizó en cumplimiento a la sentencia SU 062 de 2010. Manifiesta que el 13 de junio de 2017 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual fue zanjada de manera desfavorable en los Actos Administrativos SUB 180107 del 30 de agosto de 2017 y SUB 273342 del 28 de noviembre de 2017, aduciendo para el efecto, que contaba únicamente con 947 semanas entre tiempos cotizados y no cotizados, que no podía disfrutar de 2 prestaciones económicas amparadas por la administración pública, pero sin reflejar en las mentadas resoluciones y reporte de semanas, los tiempos laborados para el hospital San Carlos hoy Fundación Hospital San Carlos entre julio de 1972 y junio de 1974, donde desarrolló las funciones de cambio de vidrios, cambio de cortinas y celaduría mientras era menor de edad. Ante ello, la metada Fundación adujo no encontrar registros para los años reclamados,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

dado que los archivos de información laboral se habían extinguido o deteriorado; que el 27 de julio de 2016 la Fundación le solicitó documentos al convocante con más de 40 años de antigüedad, pero en comunicados del 10 de noviembre de 2015, 18 de noviembre de 2016 y 16 de abril de 2018 le precisó la imposibilidad de entregar información y de reconstruirla, por no contar en sus archivos con registro del demandante. Concluye manifestando, que cuenta con más de 20 años de servicio entre tiempos públicos y privados para antes del año 2015, en un total de 1141,42 semanas.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que la prestación reclamada no es compatible con la pensión de invalidez de origen laboral que actualmente percibe el demandante; aunado a que solo cuenta con 947 semanas y que de la base de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se estableció el reconocimiento de una pensión pagada por el Fondo de Pensiones Públicas de Nivel Nacional de Colombia – FOPEP, lo que impide, a voces del artículo 128 de la Constitución Política, el devengar más de una asignación que provenga del Tesoro Público. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los titulados prescripción y caducidad; inexistencia del derecho y de la obligación; cobro de lo no debido; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria; buena fe y las que resulten probadas en el curso del litigio (folios 134 a 140).

A su turno, la convocada **FUNDACION HOSPITAL SAN CARLOS** contestó el *libelo* de demanda, rechazando las peticiones invocadas en su contra, al aducir que nunca existió una relación laboral con José Gonzalo Hernández Castro, lo cual devino, además, de la investigación realizada que dio cuenta que, en los soportes laborales, actas de Junta



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Directiva del hospital y archivos de nómina, no se encuentra ninguna información respecto del demandante. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados Inexistencia de una relación laboral entre el señor José Gonzalo Hernández Castro y la Fundación hospital San Carlos; falta de prueba frente a la prestación personal del servicio como elemento fundante de la relación laboral; inexistencia del derecho reclamado; prescripción; cobro de lo no debido; buena fe y, las que se demuestren (folios 157 a 165).

Finalmente, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, refirió en la contestación de la demanda su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que cumplió con el deber de efectuar el giro de los aportes del demandante a Colpensiones, ante la aprobación del traslado el 6 de junio de 2017 y por contar con más de 15 años de servicios al 1º de abril de 1994. **Excepciones:** elevó como excepciones Falta de legitimación en la causa por pasiva; falta de causa para pedir inexistencia de las obligaciones demandadas; buena fe; prescripción y la innominada (folios 310 a 316).

DECISIÓN

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 20 de agosto de 2020, resolvió **absolver** a COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y la FUNDACION HOSPITAL SAN CARLOS de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; **declaró probada** la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación y, **sin condena** en costas (CD a folio 365).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que el accionante no logró demostrar la existencia del contrato de trabajo con la Fundación hospital San Carlos, ante la carencia de presupuestos para la misma y la falta de certeza en las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

testimoniales recepcionadas. Informa que, de las demás pruebas no se advierte el cumplimiento de los requisitos para la pensión de vejez ahora pretendida.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte DEMANDANTE interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo en síntesis como reparos que el Juzgado no realizó un análisis detallado del conteo de semanas, limitándose a la cuantificación señalada por Colpensiones en la última resolución, pues de haberse atendido la relación integrada hubiese denotado qué, aún sin incluir los tiempos de la Fundación hospital San Carlos, se cumplen con las 1000 semanas cotizadas o 20 años de servicios para ser acreedor de la pensión de vejez de la Ley 71 de 1988, en la medida que en el INPEC tiene un total de 739 semanas; en el Ministerio de Defensa por la prestación del servicio militar 102 semanas; en Colpensiones cotizó 297.86 semanas y 8 semanas en porvenir. En igual sentido, presenta reparo respecto de la absolución impartida frente al contrato de trabajo, como quiera que de los testimonios se logra evidenciar la prestación personal del servicio por José Hernández, y se denotó una indebida apreciación del testimonio de la señora María del Carmen pues aquella no manifestó que laborará de 1970 a 1974, sino que, fueron dos años entre 1970 y 1974, dando cuenta del período final de trabajo y que se había retirado para prestar el servicio militar, así como anunció las funciones desarrolladas, el horario y la existencia de un supervisor que, en ultimas, acredita la prestación personal del servicio y de contera el nexó; Manifestaciones confirmadas por el otro testigo qué, pese a tener menos conocimiento, no negó haber conocido al demandante en la Fundación. Sumado a la falta de concordancia entre la declaración rendida por el representante legal de la Fundación y el documento donde señalaron la extinción de algunos documentos por antigüedad, junto con el inicio de cotizaciones al ISS que genera un indicio *«sin decir que sea la prueba reina ni mucho menos, pero es un elemento que se tiene que tener en*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cuenta». Agrega que, bajo las reglas de la experiencia y la sana crítica, una persona no va a solicitar de manera tan insistente la certificación de una relación laboral, si no hubiese existido por lo menos el vínculo, como aquí se realizó a través de derechos de petición, tutelas y corrección de historia laboral. Manifiesta qué hecho de haber realizado cotizaciones con anterioridad a 1972, lo que le genera duda al despacho de primera instancia, no debe ser vislumbrado pues la afiliación no se está debatiendo sino la existencia del nexo con la Fundación, misma que estaba haciendo cotizaciones a sus empleados tomando la decisión posterior de inscribirlos. Concluye apelando la absolución por intereses moratorios, al no encontrar justificada la decisión de Colpensiones al referir la incompatibilidad de las prestaciones pensionales y 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: Indicó que de los testimonios rendidos en primera instancia no se encuentra la contradicción alegada por el Juez, siendo los mismos contestes en la existencia de la actividad personal desarrollada por el demandante, y lo ubica en la presunción del artículo 24 del CST; sumado a que el empleador no hizo la reconstrucción del expediente administrativo, lo cual debe tenerse como un indicio grave en su contra. En lo que respecta a la pensión de vejez con régimen de transición, señala qué Hernández Castro tiene más de 20 años de servicios entre tiempos públicos y privados antes del año 2015, dando lugar a la pensión prevista en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Parte demandada: La demandada **COLPENSIONES** reclama la confirmación de la sentencia de primera instancia, aduciendo no ser viable utilizar los tiempos relatados en la demanda para financiar otra prestación económica y realizar el reconocimiento, cuando los mismos debieron tenerse en cuenta para financiar la prestación económica que actualmente disfruta.

A su turno, **PORVENIR S.A.** peticiona la ratificación de la decisión de primer grado, por estar demostrado que era Colpensiones la llamada a responder por las prestaciones a que tuviera lugar el demandante, al cumplir esa AFP privada con la obligación de devolución de las cotizaciones efectuadas por el accionante, durante la vigencia de su afiliación.

Finalmente, la **FUNDACION HOSPITAL SAN CARLOS** relata que los testigos no llegaron a tener claridad respecto del vínculo que posiblemente ostentó el demandante, o si realmente estaba contratado por la Fundación; sumado a lo relatado por el testigo Francisco Quintana quién en la audiencia manifestó cómo fue abordado por el demandante, para que su dicho fuera acomodado a los intereses de éste, por lo que no puede darse total credibilidad a lo que recuerda una sola persona. Indica que *«NUNCA SE PROBÓ que el Sr. José Gonzalo Hernández Castro, hubiese laborado como interno en la Fundación hospital San Carlos, desde julio de 1972 a junio de 1974, y nunca fue arrimada prueba siquiera sumaria a la demandada que así lo determinara, tan sólo se pretendía configurar una relación laboral con base en testimonios que tampoco fueron claros y no dieron certeza de nada. Así como tampoco se probó que el señor José Gonzalo Hernández Castro, hubiese laborado en ninguno de los cargos que dice haber trabajado en la Fundación Hospital San Carlos, en cambio de vidrios, cambio de cortinas y celaduría, tal como se desprende del interrogatorio de parte presentado por el representante legal de la demanda»*

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

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 deviene de la documental militante a folios 52, que dan cuenta de la solicitud pensional desde el 13 de junio de 2017.

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 las inconformidades planteadas por la parte recurrente, 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 hay lugar a la declaratoria de existencia de un nexo contractual de carácter laboral con la FUNDACION HOSPITAL SAN CARLOS, junto con la condena al pago del cálculo actuarial por tiempo laborado dejado de cotizar.

En segundo término, se dilucidará el cumplimiento de los presupuestos normativos para el reconocimiento de la pensión de vejez reclamada por José Gonzalo Hernández; de salir avante esta pretensión, analizar la viabilidad en fulminar condena a título de intereses moratorios.

RELACIÓN LABORAL

En lo referente a la relación laboral y los extremos, como primera medida es preciso acotar por parte de esta Sala de Decisión, que desde



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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.

Acorde con el problema jurídico planteado en líneas anteriores, esta Sala de Decisión analiza las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del CPL, copia del documento de identificación (fls.19), reporte de semanas cotizadas en pensiones e historia laboral consolidada (fls.24, 33 a 3), copia de misiva de diagnóstico mental y Resolución de reconocimiento pensional por invalidez por enfermedad profesional (fls.25 a 32), reclamación administrativa, solicitudes y su respuesta (fls.44 a 53), Resoluciones SUB 180107 de 30 de agosto y SUB 273342 de 28 de noviembre de 2017 (fls.54 a 62), respuestas emitidas por la Fundación Hospital San Carlos (fls.63 a 71), certificaciones laborales (fls.72 a 82, 92 a 101), piezas procesales de acciones de tutela (fls.83 a 91), expediente administrativo obrante en las demandadas (fls.147, 327 a 342), copia de solicitudes elevadas a la Fundación Hospital San Carlos, su respuesta y copia de las actuaciones judiciales iniciadas en su contra (fls.166 a 306), interrogatorio de parte absuelto por el Representante Legal de la Fundación convocada (CD a folio 365) y, testimonios rendidos por José Francisco Quintana cortes, María del Carmen Bernal de García, Edwin Alexander Currea Delgado y Diana Judith Rodríguez Prieto (medio magnetofónico fl. 365); probanzas de las cuales se colige, que José Gonzalo Hernández Castro el 4 de diciembre de 1971 se vinculó al otrora Instituto de Seguros Sociales, adelantando cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones en suma de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

306,43 semanas²; quien se traslado al Régimen de Ahorro Individual a través de la administradora PORVENIR S.A. el 27 de mayo de 1994, con efectividad al 1° de junio de esa anualidad (fls.327 y 328), pero retornando a COLPENSIONES el 30 de abril de 2017 (fls. 329) por traslado aprobado «por contar con más de 15 años de servicios a 01/04/1994», como fue indicado por Porvenir S.A. al contestar la acción judicial (fl. 311). Supuestos fácticos respecto del cual no se presenta debate entre las partes procesales, en esta segunda instancia.

En igual sentido, se evidencia que el convocante reclamó a través de acciones constitucionales y derechos de petición, la certificación de tiempos laborados en la Fundación Hospital San Carlos, ente que de manera *iterada* ha informado la inexistencia de soportes que permitan constatar tal suceso (fls. 168 y 176), indicando para el efecto en oficio del 10 de noviembre de 2015, que:

«Tal como se había comunicado en la respuesta SG-CEE-2015-0574 del pasado 7 de octubre 2015, una vez recibida la solicitud de certificación laboral de su parte, se procedió a realizar la búsqueda de los registros físicos que permitieran establecer el tiempo de vinculación o los aportes realizados de acuerdo con su información; sin embargo reiteramos que no se encontraron registros oficiales de su vinculación y/o de los pagos de aportes por lo tanto no es posible certificar una relación laboral que no se encuentra sustentada en los archivos físicos de la entidad para los años 1971 a 1974, como usted manifiesta.

Para el efecto coman se desplegó la correspondiente ubicación de soportes laborales, tanto en las actas de la Junta directiva del hospital, así como el archivo físico de nómina, sin encontrar información alguna, por esa razón y atendiendo a que los archivos contentivos de la información laboral datan de hace 40 años atrás, o bien nunca existieron o bien sean extinguidos; no podemos certificar lo solicitado.

(...)»

Por manera que, ante la ausencia de aceptación en la prestación del servicio por la llamada a debate judicial, y atendiendo los propósitos

² CD a folio 147



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

perseguidos por el accionante en la alzada, se descende a reparar en la posible existencia de un nexo laboral, resultando necesario concretar primeramente la prestación humana desplegada por JOSE GONZALO HERNANDEZ, para, de ratificarse, dar paso a enmarcarla en la presunción establecida por el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, que señala «*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*».

Advirtiendo que, conforme al organismo de cierre de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad Laboral y desde la sentencia del 24 de abril de 2012 bajo radicado 39600 con ponencia del H. Magistrado Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, si de las pruebas obrantes en el proceso se logra acreditar la prestación personal del servicio, se presume *iuris tantum* la subordinación en la relación de trabajo, enseñadas que dispusieron:

«Si el demandado acepta la prestación del servicio, pero excepciona que lo fue mediante un contrato civil, como sucedió en el sub lite, le allana el camino el demandante para ubicarse en el supuesto de hecho contenido en el artículo 24 del CST y ampararse en la presunción de que se trató de un contrato laboral. En cuyo evento, el demandado tiene a su cargo desvirtuar la presunción mediante pruebas que demuestren, con certeza, el hecho contrario del elemento de la subordinación, es decir que la prestación personal del servicio se dio de manera independiente» (Negrilla y Subrayado fuera de texto)

Acotación que se despliega, en la medida que aquella actividad personal que reclama el literal a) del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, debe encontrar su génesis en que los actos se realicen a favor o como materialización del objeto social de quien posiblemente ostenta el título de dador de laborio, implicando que las actividades desplegadas resulten favorables a un tercero, pero no al propio ejecutor.

Así las cosas, resultaría forzoso descender a los medios de prueba documentales para encontrar en ellos detalles o visos del contrato



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

pretendido, empero, analizados los arrimados al diligenciamiento nada se advierte respecto de un vínculo laboral, no solo por la continua negativa en su consumación según lo aducido por la Fundación Hospital San Carlos, como se anunció en líneas anteriores; sino, porque la parte demandante no incorporó un solo legajo que diera cuenta de ello.

En lo que atañe a las declaraciones, el representante de la Fundación Doctor ANDRES ARTURO DÍAZ junto con los testigos Edwin Alexander Currea Delgado y Diana Judith Rodríguez Prieto -*Auxiliar de Archivo*- (medio magnetofónico fl. 365), en lo que concierne al lazo reclamado, fueron constantes en resaltar que dentro de las bases de datos de nómina y archivo físico o en microfilmación con que cuenta esa organización, no obra documento que permita si quiera inferir algún lazo con el accionante, el punto que le fue solicitada prueba a HERNANDEZ CASTRO pero sin que allegara legajo que permitiera detallar lo peticionado, pues se limitó a integrar una foto de una persona en un muro, pero sin que pudieran identificar si concernía al demandante o a otra persona.

Sobre el particular, se resalta la acotación del representante legal de la pasiva al indicar que para la data que reclama José Hernández, todas las vinculaciones eran relacionadas en las actas de la Junta Administrativa del Hospital, como órgano máximo directivo, pero que al analizarse en su integridad, en ninguna se relacionaba al demandante.

En lo que atañe a los deponentes José Francisco Quintana Celis y María del Carmen (medio magnetofónico fl. 365), pese a que señalaron la ejecución de actividades por el accionante a ordenes de la Fundación Hospital San Carlos, relatándolas en el ámbito de oficios varios, los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

mismos son carentes de certeza y credibilidad por las precisiones que se desplegaran a continuación.

Denota este Juez Colegiado de segundo grado, que QUINTANA CORREA relató a los cuestionamientos tocantes al contrato de trabajo, que José Gonzalo Hernández desplegó un trabajo diferente al de él, por lo que no podía dar constancia de las actividades reales ejecutadas; máxime, cuando las reglas contractuales de vinculación eran diferentes para quienes trabajaban internamente en la pasiva y sin detallar en que años aquel prestó el servicio; pero agregando una circunstancia que llama la atención de esta Sala, y es la precisión de haber asistido de forma obligada a declarar por las acotaciones que le realizara el accionante, indicando a la letra *«yo estoy acá pero porque me vi obligado, a lo que él me dijo, que yo tenía que estar ahí, si no que me atuviera a las consecuencias y eso, me veo obligado, me había amenazado y eso no me gustó»*.

Adicionando con posterioridad que:

«Si señora estoy, eso fue como entre 8 o 9 de la noche, estábamos acá reunidos, acá mi familia estaban escuchando, aquí mi familia. El señor me llamó, me dijo que tenía esto, que tenía que ir, le dije Gonzalo pero si para hacer esto uno tiene que ir con sus papeles a reclamar y mirar qué es lo que está haciendo y tal, entonces me dijo no, estoy recordando tal vez palabras, porque no le puse mucha atención porque ya se fue como alterado, y a mí no me gustó cuando me dijo, es que si no asiste a esto, tiene que atenerse a las consecuencias y yo le dije, a consecuencias de qué? y yo que estoy haciendo? entonces tengo que ir obligado a qué?»

Circunstancia que lejos de pasar desapercibida en esta instancia, reclama la relevancia necesaria para entrever y analizar las manifestaciones del testigo bajo un resguardo de quien se ve posiblemente involucrado en un acto como el anunciado, así como las declaraciones del demandante desde el escrito genitor, con una mayor rigurosidad, pues aun cuando no se está prejuzgado, si es meritorio revisar a mayor detalle las alusiones de los relatados. Es de esa manera, que las acotaciones de José Francisco Quintana carecen del conocimiento necesario referente a tópicos laborales, como la forma de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

vinculación y sus funciones, para que reciban vigilancia en el diligenciamiento.

Finalmente, en lo que concierne a María del Carmen Bernal De García, se detalla que pese a referir en diversas oportunidades que el vínculo del actor con la Fundación se desarrolló por dos años, entre las anualidades 1970 a 1974, salta cuestionable que al preguntársele por los periodos de la vinculación propia, indicara que lo fue solo desde el año 1971, es decir, con posterioridad al rango referenciado para el llamante a juicio. Así como no pudo dar cuenta si las actividades que ejecutó HERNANDEZ CASTRO eran por un contrato celebrado con el hospital, aduciendo creer que lo fue así porque «casi todo» el que llegaba era bajo esa modalidad e indicando que las funciones por aquel desplegadas eran de oficios varios «o las labores de empresa de persianas», pues era más operario de persianas donde lo veía trabajando, en tanto ella se encontraba en lavandería.

Lo que genera duda en sí, realmente, aquel se encontró convocado a ordenes de la Fundación Hospital San Carlos o a cargo de una empresa disímil que enmarcaba actividades en el ámbito de las persianas, así como, si llegó a desplegar algún acto contractual a favor de la primera. Más aun, cuando de las solicitudes impetradas en el trámite administrativo junto con los hechos relatados en las acciones constitucionales de tutela, vislumbran las modificaciones en las fechas rogadas en cada escenario, pretendiendo en el presente asunto jurisdiccional un contrato por un lapso de 2 años y, en los otros indicados, por un periodo de 4 años, pero resaltando los mismos supuestos de facto (folios 166, 179, 192).

Así las cosas, del anterior relato de los medios de prueba incorporados al plenario, no se encuentra que la decisión del *A quo* esté alejada de la realidad fáctica y demostrativa, en la medida que centrando la solicitud



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de reconocimiento del nexo contractual en las acotaciones de los testigos, lo palpable es que los mismos generan más dudas que certezas en sus manifestaciones, al no ratificar, ni siquiera, acciones individuales de asistencia a otro, como lo prescribe el literal a) del artículo 23 del Estatuto Sustantivo Laboral al señalar como primer requisito del contrato de trabajo «*la actividad personal del trabajador*» con su debida remuneración, pues en el *sub examine* nada de ello se probó.

Por lo expuesto, se encuentra acertada la determinación del *A quo* al señalar que la parte convocante a juicio no logró definir la relación laboral reclamada desde el *libelo introductorio*; razón por la cual, al quedar sin fundamento alguno la pretensión de declaratoria del contrato de trabajo por falta de demostración de los hechos, más aún, cuando bien sabido es, que se imposibilita legalmente la imposición de obligaciones laborales en sentencia soportada sobre suposiciones o razonamientos que carezcan de formación probatoria fáctica sobre prestación del servicio humano, impide la fulminación de las condenas deprecadas, no quedaba otra solución al presente debate que la desestimación de esta súplica de la demanda; por lo que habrá de confirmarse la absolución impartida por el A Quo.

PENSIÓN DE VEJEZ – RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

Desde la expedición del Decreto 3041 de 1966, Acuerdo 224 de 1966, Acuerdo 029 de 1983 y Acuerdo 049 de 1990, posteriormente con la Ley 100 de 1993, en el sector privado para adquirir el derecho al riesgo de vejez, es necesario que se consoliden los siguientes requisitos; la edad, la afiliación, las semanas de cotización y, consecuente, el ingreso base de liquidación y la tasa de reemplazo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Con miras a resolver este tópico, se tiene que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 indicó como finalidad del régimen de transición, otorgar el beneficio a los afiliados al régimen de prima media con prestación definida que cumplieran con los requisitos de la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema (1° de abril de 1994) tenían 35 o más años de edad si son mujeres o, 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, darles aplicación al régimen legal anterior establecido y en el cual se encontraban afiliados, y en consecuencia, se les reconozca el derecho y se liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieran tales requisitos.

Así entonces, en principio, el reclamante resulta beneficiario del régimen de transición mencionado, al evidenciarse que con su retorno a Colpensiones conservó el régimen transicional por cumplimiento de los apremios de la sentencia SU 062 de 2010, conforme lo señaló la AFP privada a folio 311, y se denota de los tiempos prestados por el actor a órdenes del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC que corrieron del 9 de agosto de 1978 al 2 de febrero de 1993, con 115 días de interrupción, para 14 años y 1 mes que, sumado a los periodos de servicio militar en la Armada Nacional del 1° de julio de 1974 a 30 de junio de 1976 (2 años), dan cuenta de un total de tiempo anterior al 1° de abril de 1994 de 16 años, 1 mes y 29 días.

Sin embargo, mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 se adicionó el artículo 48 de la Constitución Nacional relativo al derecho a la seguridad social, y en el párrafo 4° de dicha disposición se impuso un límite temporal al beneficio de la transición, indicando que el mismo no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010, salvo para los trabajadores que, estando en éste régimen, tengan además 750



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

semanas cotizadas a la entrada en vigencia del referido Acto Legislativo, a los que se les mantendría dicho régimen de transición hasta el año 2014.

Por tanto, pasa la Sala a determinar si de las pruebas allegadas se puede advertir que el demandante cumple con las previsiones de este Acto Legislativo, indicando de manera preliminar que al consumir la edad de 60 años hasta el 16 de septiembre de 2014, por nacer el mismo día y año de 1954 (folio 19), diáfano es concluir que aquel lineamiento de acceder al derecho pensional antes del año 2010 se advierte imposible de cumplir.

En lo que concierne a la densidad de semanas para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, se encuentra superadas las 750 semanas al denotarse, solo en tiempo público, un total de 831.96 semanas.

Razón por la cual es dable dirigir el estudio de su derecho pensional en los términos regulados en el régimen anterior al que se encontraba afiliado y, que fue reclamado en la demanda y el recurso de alzada, este es el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, normatividad que dispone:

«A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer»

Sobre el particular, al vislumbrarse que la fecha de natalicio del reclamante es el 16 de septiembre de 1954 (fl.19), lo que de suyo implica, que arribó a la edad de 60 años el mismo día y mes del año 2014. En lo que atañe al tiempo de servicios, se *itera*, del certificado de información



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

laboral obrante a folios 75 el demandante prestó sus servicios en el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL como soldado en la Armada Nacional del 1° de julio de 1974 al 30 de junio de 1976, ello es, **2 años o 102.96 semanas**³. En igual sentido, laboró en el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC por el lapso del 9 de agosto de 1978 al 2 de febrero de 1993, con 115 días de interrupción, para **14 años, 1 mes y 29 días o 729 semanas**.

En lo que concierne a las semanas acreditadas por Colpensiones conforme el reporte de semanas cotizadas visibles en CD a folio 147, se denota que únicamente se computaran los tiempos aportados por los patronales MAR consistentes en **18 semanas**; EMPRESA COL DE LIMPIEZA por **7 semanas**, DUQUE ARANGO Y CIA por **90 semanas** y los ciclos cotizados como trabajador independiente en cuantía de **8.58 semanas**, para un total de **123,58 semanas**.

Lo precedente, en la medida que los restantes ciclos fueron gestados de manera interrumpida del 3 de abril de 1981 al 25 de octubre de 1984, el que emana simultaneo con el prestado en el INPEC *-ya computado-*. Lo que impide su contabilización, al tenor de lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, entre muchas, en la sentencia SL 982-2019 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, al manifestar:

«Ahora, los ciclos correspondientes a 1996-04 y 1996-05, respecto de los que la recurrente aduce, no se contabilizaron 6 y 30 días, respectivamente, corresponden a cotizaciones simultáneas por el mismo periodo -tal y como lo adujo el ad quem-; de ello da cuenta la historia laboral en la que se advierte que para el mismo interregno, dos empleadores «Sodicon Servicios S.A. y Propaganda Sancho S.A.», cotizaron a nombre de la actora.

Por tanto, no es dable contabilizar tales periodos de forma independiente, pues dichos aportes se tienen en cuenta únicamente para determinar el ingreso base de liquidación y no para aumentar el tiempo de cotización como lo pretende la censura.

³ Folio 75.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Así lo ha dicho esta Corporación, por ejemplo en sentencia CSJ SL704-2018, indicó:

Pues bien, de la lectura del panorama se verifica que el Tribunal erró al concluir que el total de cotizaciones válidas para acceder a la pensión especial de vejez como periodista ascendía a 1.303,71, por cuanto omitió que los ciclos efectuados a «EPPP SERVI PÚBLICO» entre el «24 de enero de 1979 y el 28 de marzo de 1980» equivalentes a «61.43 semanas», así como algunos días de marzo de 1975 y agosto de 1976 correspondían a semanas aportadas de manera simultánea con otros empleadores, como se colige de la certificación de «semanas cotizadas en pensiones» visible a folio 134 del expediente.

De suerte que no es dable sumarlos, habida cuenta que el Instituto de Seguros Sociales subroga el riesgo por un mismo período y no por tiempos dobles. Por tanto, los aportes realizados en forma simultánea por varios empleadores, se tienen en cuenta únicamente «Para determinar el ingreso base de liquidación de que trata el inciso cuarto del artículo 11 del Decreto-ley 1281 de 1994» conforme lo dispone el artículo 2.º del Decreto 1548 de 1998, y no para aumentar el tiempo de cotización.

(...)

En tal contexto, analizado el diligenciamiento, no emanan cumplidos los presupuestos para establecer que José Gonzalo Hernández es acreedor de la pensión de vejez prevista en la Ley 71 de 1988, al contar únicamente con 955.54 semanas o 18 años, 6 meses y 22 días.

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, ante la falta de acierto en los reparos de la apelación. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$300.000, líquídense 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 20 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **JOSÉ GONZALO HERNANDEZ CASTRO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, FUNDACION HOSPITAL SAN CARLOS** y **PORVENIR S.A.** de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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, fijando como agencias en derecho la suma de \$300.000, líquídense 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 **ANA ROCÍO ASTORQUIZA ENRÍQUEZ** 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 veintinueve (29) días del mes de octubre 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 tramitará 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 **ANA ROCÍO ASTORQUIZA ENRÍQUEZ** por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES- para que previo el trámite procesal correspondiente se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de invalidez, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, a partir del 1° de marzo de 2003, conforme lo disponen los artículos 6° y 20 del Decreto 758 de 1990, junto con las mesadas dejadas de percibir; del mismo modo, el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993; la indexación de las sumas reconocidas y las costas y agencias en derecho. (fl 48 y 49)

Fundamenta sus pretensiones en los hechos que se encuentran relacionados a folios 46 a 48 de las diligencias, en los que en síntesis indica que nació el 13 de agosto de 1958; que mediante Dictamen 20130716103 del 6 de septiembre de 2017, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño le estableció una pérdida de capacidad laboral del 67.86%, con fecha de estructuración 1° de febrero de 2012; que elevó petición ante la encartada el 29 de noviembre de 2017, en la que solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez; que mediante Resolución SUB 295054 de 222 de diciembre de 2017, Colpensiones le negó la prestación reclamada; que formuló recurso de apelación frente al anterior acto administrativo, el cual fue despachado desfavorablemente mediante Resolución SUB 73751 de 17 de marzo de 2018; que el 24 de abril de 2018, radicó ante el Ministerio de Defensa petición en torno a la corrección de tiempos laborados; que solicitó ante Colpensiones la corrección de la historia laboral teniendo en cuenta los tiempos acreditados por la citada Cartera; que mediante Resolución SUB 133647 de 21 de mayo de 2018, la entidad pensional confirmó el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

acto administrativo SUB 73751 de 17 de marzo de 2018; que mediante Resolución DIR 10567 de 31 de mayo de 2018, se desató el recurso de apelación elevado, oportunidad en la que se confirmó lo resuelto en Resolución SUB 73751 de 17 de marzo de 2018.

CONTESTACIÓN La accionada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, al considerar en síntesis, que no se dan los presupuestos para que la accionante se haga beneficiaria del principio de la condición más beneficiosa, por cuanto de tiempo atrás se ha establecido que dicho principio permite acceder al beneficio contenido en la normatividad inmediatamente anterior a la que se determinó la pérdida de capacidad laboral, sin que pueda acudirse a normas ulteriores. En el caso de la demandante la norma aplicable, en principio sería la Ley 860 de 2003, y en aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa, sería la Ley 100 de 1993, y no como lo pretende la actora, el Decreto 758 de 1990. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia de cobro de intereses moratorios e indexación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la innominada o genérica. (fl. 76 a 87).

DECISIÓN

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 23 de junio de 2020, resolvió **absolver** a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra y **condenar** en costas a la parte demandante. (Cd. Fl. 104).

Lo anterior por considerar el *a quo* que, en principio, la norma que debe gobernar la problemática aquí debatida es el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, vigente al momento de producirse el estado de invalidez, en tal virtud



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

y del material probatorio allegado a las diligencias se advierte que la demandante no acreditó el cumplimiento del requisito de semanas mínimas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez que impone la citada Ley 860 de 2003. Ahora bien, como quiera que se persigue la aplicación de la condición más beneficiosa, al considerar la parte actora, que acredita las exigencias previstas en el Acuerdo 049 de 1190, tampoco resulta procedente el reconocimiento pensional bajo tal óptica, por cuanto el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ha dispuesto en reiteradas oportunidades que el principio de la condición más beneficiosa permite la remisión automática a la legislación inmediatamente anterior y no a cualquier otra norma que regule la materia.

RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del A Quo **la parte demandante** presenta recurso de apelación en el que, en suma, indica, que al interior del proceso se probó tanto el acaecimiento de la invalidez, en tanto obra dictamen de pérdida de capacidad laboral en el que se le otorgó un porcentaje superior al 50%, así mismo se acreditó una densidad de semanas cotizadas debidamente al Sistema de Seguridad Social, en su momento bajo el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año. Por lo anterior, y conforme lo establece el artículo 53 de la Carta Política, en caso de duda en la aplicación de las fuentes formales del derecho, debe darse aplicación al principio de la condición más favorable al trabajador, pues así lo ha determinado la Corte Constitucional, en el caso de las pensiones de invalidez, desde la sentencia SU 442 de 2016, oportunidad en la que la Alta Corporación estableció que para el reconocimiento de estas pensiones, las respectivas administradoras públicas o privadas, y a los jueces, correspondientes, ya sea en sede de tutela o en el marco procesal laboral, deben observancia al precedente vinculante, para así identificar, dentro de los regímenes normativos vigentes o derogados, cual resulta más favorable, indistintamente que sea la norma



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

inmediatamente anterior a la vigente, siempre y cuando los afiliados observen los presupuestos que se exigen dichas normas que regulan la materia.

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: En la etapa procesal correspondiente la parte demandante arrió escrito de alegaciones de conclusión, en el que solicita la revocatoria de la sentencia apelada, al considerar, que en el presente asunto se acreditó que cuenta con semanas de cotización al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, incluso para el extinto Instituto de los Seguros Sociales, del mismo modo, se es constatable el estado de invalidez que le fue determinado por la Junta Regional de Invalidez de Nariño,, supuestos de facto que dan lugar a la aplicación de la condición más beneficiosa y así aplicar el Acuerdo 049 de 1990, en el reconocimiento de la pensión pretendida. Por último, trae a colación lo enseñado por la H. Corte Constitucional en las sentencias SU-442 de 2016 y SU-556 de 2019.

Parte demandada: A su turno, la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones**, describió el traslado para alegar de conclusión, oportunidad en el que solicitó la confirmación de la sentencia apelada, al considerar, que en el presente asunto la norma llamada a establecer el derecho de la demandante es la Ley 860 de 2003, en atención a la fecha en que se estructuró la invalidez, sin que se reúna el requisito mínimo de semanas allí contemplado por parte de la afiliada.



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

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 10 a 15, 26 a 28 y 41 a 45 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, en estricta consonancia con los reparos invocados por la demandante en el recurso de apelación, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si a la demandante le asiste el derecho a acceder a la pensión de invalidez en aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa, junto con las consecuentes condenas que se derivan de dicho reconocimiento.

DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ

Conforme se ha precisado en el resumen de los antecedentes del asunto sometido al escrutinio de la Sala, el tema puntual que es objeto de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

examen en esta oportunidad, se contrae a determinar si a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de origen común, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, bajo las previsiones contenidas en los artículos 6° y 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

Con tal propósito, esta Corporación comienza por resaltar que no es objeto de discusión entre las partes la condición de afiliada de la demandante ni el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral y la fecha de estructuración del estado de invalidez, supuestos que además se pueden establecer de la documental visible a folios 5 a 8 y 70 a 73 del informativo, consistentes en Dictamen 2017-30716103 de 6 de septiembre de 2017 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño y la Historia laboral emitida por Colpensiones, en su respectivo orden, probanzas de las que se desprende, que la normatividad llamada a definir el derecho es la contenida en la Ley 860 de 2003, al ser la vigente al momento en que se produjo el acaecimiento de la pérdida de capacidad laboral en proporción del 67.86%, ello por cuanto, la invalidez se estructuró a partir del 1° de febrero de 2012.

Establecido lo precedente, importa indicar, que el requisito que establecía esta disposición para el momento en que se estructuró el estado de invalidez de la demandante, esto es el 1° de febrero de 2012, era haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años anteriores a la estructuración del estado de invalidez.

Así mismo, dicha norma en su parágrafo primero contempla que los menores de 20 años de edad solo deberán acreditar 26 semanas dentro del año anterior a la fecha de estructuración y en el parágrafo segundo establece que cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para la pensión de vejez, solo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

requerirá que haya cotizado 25 semanas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración.

En lo que respecta al requisito de fidelidad al sistema, este fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C – 428 del 01 de julio de 2009.

Al constatar dentro del proceso si la demandante acreditó el número de semanas para tener derecho a la pensión de invalidez, se tiene que según el reporte expedido por Colpensiones visto a folios 70 a 73 del informativo, se evidencia que cotizó un total de **307.00** semanas al 31 de octubre de 2018, de las cuales **21,43** fueron cotizados dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, sin cumplir con los requisitos establecidos en la ley para acceder a la pensión.

Tampoco se cumple con lo establecido en el párrafo segundo de la norma en cita, puesto que para el año 2012, se exigen 1250 semanas cotizadas para la pensión de vejez, de las cuales 937.5 equivalen al 75% de la misma, acreditando la demandante tan solo 32.72 semanas cotizadas.

Pese a lo anterior, corresponde a la Sala establecer si resulta o no procedente dar aplicación al principio constitucional de la condición más beneficiosa, para lo cual es menester precisar que viene sentado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que es la fecha de estructuración de la invalidez la que determina la norma aplicable al caso, siendo ésta el 1° de febrero de 2012, como da cuenta el referido dictamen, por lo que se itera, la norma aplicable es la prevista en el artículo 39 numeral 2 de la ley 100 de 1993, modificada por el artículo 1° de la ley 860 de 2003, que exige para acceder a prestación en tratándose de invalidez causada por accidente, acreditar 50 semanas



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cotizadas dentro de los últimos 3 años anteriores al hecho causante de la misma.

Pese a ello, si bien no se dan los presupuestos para acceder a la pensión bajo los parámetros de la ley 860 de 2003, lo cierto es que en virtud del principio constitucional de la condición más beneficiosa, la Sala procede a estudiar la prestación de conformidad con el artículo 39 de la ley 100 de 1993, como así lo ha señalado la Honorable Corte Suprema de Justicia entre otras, en la sentencia 38674 del 25 de julio de 2012, MP: CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE y LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS, donde indicó:

«e) El denominado “ principio de la condición más beneficiosa”, no solo tendrá cabida en el tránsito legislativo entre el Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 100 de 1993, sino igualmente frente al fenómeno de la sucesión normativa de legislaciones ulteriores, como por ejemplo entre esta última y las Leyes 797 y 860 de 2003, siempre y cuando, se insiste, la nueva disposición estipule requisitos más gravosos que los señalados en la norma precedente, y además el titular del derecho o beneficiario haya reunido las exigencias de ésta cuando la nueva entró en vigencia.

f) Dando aplicación a la condición más beneficiosa frente a la pensión de invalidez, debe precisarse que para que el derecho a esta prestación se gobierne por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, es necesario en primer lugar, que para quienes hubieran dejado de cotizar al sistema, cuenten con 26 semanas cotizadas dentro del año inmediatamente anterior a la fecha en que se produzca el estado de invalidez y, en segundo término, es menester que también registren un mínimo de 26 semanas de aportes en el último año a la entrada en vigencia del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, que comenzó a regir el 29 de diciembre de 2003 según el Diario Oficial No. 45.415.

Con lo anterior no se está haciendo más gravosa la situación para los afiliados que reclamen la aplicación del régimen jurídico o legislación precedente, con base en aportes por 26 semanas, sino cumpliendo con el imperativo legal que establece un mínimo de aportes, que debe quedar satisfecho dentro de un determinado interregno cercano al momento en que se produce la invalidez».

Criterio que fuera igualmente acogido en un pronunciamiento más reciente por parte de la Corporación de cierre en materia laboral, en la sentencia SL 3664 de 2020, con ponencia del Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán, oportunidad en la Corte moduló que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«... de acuerdo con el criterio reiterado de esta corporación, en virtud del principio de la condición más beneficiosa solo es posible acudir a la normatividad inmediatamente anterior a aquella que se encontraba vigente al momento de estructuración de la invalidez o de la muerte, según el caso, no así a la búsqueda histórica de normas hasta encontrar la que se acomode a las circunstancias del afiliado, tal como se ha recordado entre otras, en las sentencias CSJ SL1689-2017, CSJ SL8305-2017, CSJ SL4987-2019 y CSJ SL3102-2020 y, en consecuencia, como lo concluyó acertadamente el Tribunal, en este asunto no había lugar a dar aplicación al Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en virtud del aludido principio»

Así las cosas, se tiene que el artículo 39 de la ley 100 de 1993, norma inmediatamente anterior a aquella en que se estructuró la invalidez, exige para acceder a la pretendida pensión que el afiliado haya cotizado por lo menos 26 semanas al momento de producirse la invalidez o 26 semanas en el año anterior a esta, aclarando que para el computo de semanas, como quiera que el demandante al momento de la fecha de estructuración **se encontraba cotizando** se contarán las semanas a dicha data y no a la entrada en vigencia de la ley 860 de 2003, pues según la jurisprudencia en cita, lo allí indicado, solo aplica para el **afiliado que había dejado de cotizar**.

Por ende, se tiene que, según el reporte de semanas aludido, la demandante cotizó **17,14** semanas dentro del año anterior a la fecha de estructuración de la invalidez, es decir, del 1° de febrero de 2011 al 1° de febrero de 2012, sin acreditar los requisitos exigidos por el artículo 39 de la ley 100 de 1993 para acceder a la pensión deprecada.

Ahora bien, si en gracia de discusión se acogiera los planteamientos expuestos por la parte demandante, atinente a estudiar el pluricitado principio de la condición más beneficiosa para así acudir a las previsiones contenidas en los artículos 6° y 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, debe decirse que conforme las enseñanzas de la H. Corte Constitucional, dicha Corporación ha reconocido, que la temporalidad o zona de paso, fijada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, no es contraria la Constitución, en tanto encuentra su cimiento en el derecho irrenunciable a la seguridad social.

En lo atinente a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, la alta Corporación en la sentencia SU-556 de 2019, consideró que:

«Para la Sala Plena, solo respecto de personas en situación de vulnerabilidad, esto es, aquellas que satisfacen las exigencias del “test de procedencia” de que trata el título 3 supra resulta razonable y proporcionado interpretar el principio de la condición más beneficiosa en el sentido de aplicar de manera ultractiva las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 en lo que respecta a la exigencia de densidad de semanas de cotización, a pesar de que su condición de invalidez se hubiere estructurado en vigencia de la Ley 860 de 2003. Además, dado que la condición relevante para efectos del reconocimiento de la prestación por parte del juez constitucional es la situación actual de vulnerabilidad, la sentencia de tutela solo puede tener un efecto declarativo del derecho, de allí que solo sea posible ordenar el pago de mesadas pensionales a partir de la presentación de la acción de tutela; en consecuencia, las demás reclamaciones derivadas de la prestación –tales como retroactivos, intereses e indexaciones– deben ser tramitadas ante el juez ordinario laboral.

(...)

135. Tanto la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia como la contenida en la sentencia SU-442 de 2016 dejan de considerar elementos importantes relativos a: (i) los fines del Acto Legislativo 01 de 2005 –viabilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, en condiciones de universalidad e igualdad respecto de todos los afiliados–, (ii) la competencia prima facie prevalente del juez ordinario para resolver controversias que suponen la aplicación del principio de la condición más beneficiosa y (iii) la prioridad de las personas en situación de vulnerabilidad para que sus pretensiones de protección de derechos fundamentales –en particular, a la seguridad social, mínimo vital y vida digna, y no aquellos de orden legal– sean atendidas por el juez constitucional y no por el juez ordinario laboral. De manera sincrética, la jurisprudencia contenida en la sentencia SU-005 de 2018 considera estos aspectos, pero únicamente en relación con la pensión de sobrevivientes, de allí la necesidad de unificar su alcance en cuanto a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa para el reconocimiento de la pensión de invalidez, de tal forma que pueda lograrse un tratamiento jurisprudencial uniforme.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

136. En primer lugar, la postura de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia reconoce que la condición más beneficiosa: (i) es una excepción al principio de retrospectividad, cuyo propósito es “minimizar la rigurosidad propia del principio de la aplicación general e inmediata de la ley”, que permite a la disposición derogada permanecer vigente en presencia de una situación concreta, materializada en una expectativa conforme a la ley anterior. (ii) Opera frente a los efectos generales e inmediatos de un tránsito legislativo, que puede ser “temporal, pero puede ser pleno o parcial”, en ausencia de un régimen legal de transición. (iii) Su finalidad es permitir la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la vigente al momento del siniestro, mediante la creación de un régimen de transición de carácter jurisprudencial para amparar “contingencias improbables de predecir y, por ende, no regulables por un régimen de transición [legal]”. (iv) A pesar de aplicarse respecto de prestaciones cuya causación obedece a la estructuración de un siniestro –invalidez–, protege a aquellas personas que han consolidado una situación jurídica concreta al haber cumplido en su integridad la densidad de semanas exigidas por la ley derogada inmediatamente anterior. Lo anterior, (v) en respeto de la confianza legítima de los destinatarios de la norma.

137. En segundo lugar, **en cuanto al tránsito legislativo ocurrido entre las leyes 100 de 1993 y 860 de 2003, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la temporalidad en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa no es irrazonable.** Luego de la expedición de la sentencia SU-442 de 2016, la Corte Constitucional ha señalado que “la zona de paso” fijada por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral no es contraria la Constitución, dado que, como se señaló en aquella providencia, se fundamenta en “uno de los principios constitucionales que informan el derecho irrenunciable a la seguridad social [...], esto es el de la condición más beneficiosa, un principio que, como se mencionó, se justifica en el artículo 53 superior y, además, surge a partir de prerrogativas del mismo rango como ‘el derecho constitucional de toda persona a que se protejan sus expectativas legítimamente forjadas’”. Así mismo, en la sentencia SU-005 de 2018, la Corte advirtió que “un alcance distinto (entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia) del principio de la condición más beneficiosa en materia de la pensión de sobrevivientes’, no deriva en la inconstitucionalidad del derecho viviente de la jurisprudencia ordinaria laboral en la materia”.

138. En tercer lugar, si bien el legislador modificó los requisitos previstos por el Acuerdo 049 de 1990, en particular las semanas de cotización, y exigió acreditar una permanencia mínima próxima al hecho generador del derecho –estructuración de la invalidez–, esto no implica un acto discriminatorio, ni violatorio del principio de equidad, ni atenta contra las expectativas normativas de los afiliados. Para la Sala, estos cambios normativos se derivan de la amplia potestad de configuración que el constituyente confirió al legislador y encuentran su límite en “la realidad social y económica nacional”. Así mismo, se sustentan en la necesidad de homogeneizar los requisitos y beneficios pensionales, con el fin de lograr una mayor equidad y sostenibilidad del sistema, en términos de igualdad y universalidad. Además, los operadores jurídicos, primordialmente de la jurisdicción ordinaria laboral, se han encargado de que las reformas introducidas por las leyes 100 de 1993 y 860 no desconozcan las expectativas legítimas de los afiliados, mediante el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

otorgamiento de una protección que, en todo caso, no desconoce las necesidades que dieron lugar a los cambios normativos.

139. En cuarto lugar, **el principio de la condición más beneficiosa protege las expectativas legítimas ante cambios normativos abruptos que imponen requisitos adicionales que impiden o dificultan en extremo la consolidación de un derecho, frente al cual una persona puede tener confianza en su consolidación. En ese sentido, lo cierto es que no puede afirmarse que en materia de las exigencias dispuestas por el Legislador para acceder a la pensión de invalidez se esté ante un cambio normativo abrupto cuando se han promulgado varias leyes que han modificado los requisitos antes de que se configure el hecho generador del derecho –la invalidez–. Lo dicho es más evidente si se tiene en cuenta que se solicita la aplicación de un régimen normativo derogado hace más de 2 décadas: el contenido en el Acuerdo 049 de 1990.**

140. En quinto lugar, **tampoco pueden considerarse como expectativas legítimas aquellas que, como en el caso de la pensión de invalidez, están sujetas a la consolidación del hecho generador del derecho por parte del beneficiario –la estructuración de la invalidez–. Esto quiere decir que las expectativas para acceder a la pensión de invalidez, con fundamento en la densidad de semanas de cotización exigidas por el Acuerdo 049 de 1990, deben tenerse por meras expectativas y no como expectativas legítimas.**

141. En sexto lugar, el hecho de que las expectativas no sean legítimas no significa que la situación del afiliado no pueda ser protegida, pues su amparo puede ser exigible si su titular es una persona en situación de vulnerabilidad, que se encuentra en incapacidad de resistir frente a un alto grado de afectación de sus derechos fundamentales, tal como lo precisó la Sala Plena en la sentencia SU-005 de 2018.

142. En conclusión, para la Corte, **la regla fijada en la sentencia SU-442 de 2016, según la cual el principio de la condición más beneficiosa da lugar a que se apliquen de manera ultractiva las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 a aquellos afiliados cuya invalidez se hubiese estructurado en vigencia de la Ley 860 de 2003, solo es aplicable a los afiliados-tutelantes en situación de vulnerabilidad, esto es, aquellos que superen el test de procedencia de que trata el título 3 supra. Solo respecto de estas personas es evidente una afectación intensa a sus derechos fundamentales»** (Resaltado fuera de texto).

Del anterior contexto jurisprudencial se extrae, que, en materia pensional, y más propiamente dicho, en lo referente a la pensión de invalidez, cuando se pretende la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, tanto la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral y la H. Corte Constitucional han encontrado un punto de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

convergencia en lo atinente a la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la que acaeció el suceso o la enfermedad que restó capacidad laboral al afiliado, siempre que se acrediten los presupuestos jurisprudenciales emanados por el Órgano de cierre en materia ordinaria laboral, ello claro está, sin desconocer, la postura de la Alta Corporación constitucional en lo atañero a la eventual aplicación del Acuerdo 049 de 1990, el cual sólo resulta procedente ante la superación de un test de procedibilidad más estricto.

Es así que, que en lo referente al citado test de procedibilidad, la H. Corte Constitucional ha establecido que, además de acreditarse la condición de invalidez, deben concurrir una serie de requisitos adicionales, que reunidos todos, dan cabida a aplicar, de manera excepcional las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese año, a saber:

Test de procedencia	
Primera condición	Debe acreditarse que el accionante, además de ser una persona en situación de invalidez, pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en una situación de riesgo derivada de, entre otras, alguna de las siguientes condiciones: (i) analfabetismo, (ii) vejez, (iii) pobreza extrema, (iv) cabeza de familia, (v) desplazamiento o (vi) padecimiento de una enfermedad crónica, catastrófica, congénita o degenerativa.
Segunda condición	Debe poder inferirse razonablemente que la carencia del reconocimiento de la pensión de invalidez afecta directamente la satisfacción de las necesidades básicas del accionante, esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas.
Tercera condición	Deben valorarse como razonables los argumentos que proponga el accionante para justificar su imposibilidad de haber cotizado las semanas previstas por las disposiciones vigentes al momento de la estructuración de la invalidez.
Cuarta condición	Debe comprobarse una actuación diligente del accionante para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Al descender al caso puesto a escrutinio de la Sala, y en aplicación a los lineamientos jurisprudenciales traídos previamente a colación, en especial las sentencias con radicación interna 38674 del 25 de julio de 2012, y SL 3664 de 2020, no hay lugar a acceder al reconocimiento pensional reclamado en sede judicial por la señora Ana Rocío Astorquiza Enríquez, bajo la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, pues su estatus de invalidez se verificó en una fecha posterior al 26 de diciembre de 2006, momento previsto como extremo temporal máximo en que se diferirían los efectos jurídicos de la Ley 860 de 2003.

En tal virtud, no se acreditan los presupuestos para aplicar la normativa inmediatamente anterior, es decir, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en aras de verificar el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez por parte de la actora, siendo la Ley 860 de 2003 la llamada a gobernar la materia. Ahora bien, aun así y se estudiara la preceptiva normativa contenida en el artículo 39 de la citada Ley 100 de 1993, tampoco se acreditaron los requisitos allí contenidos para que la señora Astorquiza Enríquez acceda a la prestación pensional.

Por último, en lo atinente a la petición de la accionante, en el entendido de aplicar la normativa contenida en el Acuerdo 049 de 1990 para el estudio del derecho a su pensión de invalidez, es del caso precisar, que en primera medida, dicha disposición no es la norma inmediatamente anterior a la gobierna su situación pensional, y en segundo lugar, al interior del proceso no se acreditarán los presupuestos contenidos en el test de procedibilidad establecido por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU-556 de 2019, para que se haga procedente el reconocimiento pretendido en sede judicial.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Por lo anterior, como quiera que no se dan los presupuestos para que la demandante acceda a la pensión de invalidez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, según el principio de la condición más beneficiosa, ni aquellos dispuestos en las Leyes 100 de 1993 y 860 de 2003, tal como lo dispuso la juzgadora de primer grado, es que surge diáfana la confirmación de la sentencia apelada por las razones aquí expuestas.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la parte apelante Ana Rocío Astorquiza Enríquez dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$200.000.

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 Catorce (14) Laboral del Circuito de esta ciudad en audiencia pública celebrada el día 23 de junio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **ANA ROCÍO ASTORQUIZA ENRÍQUEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.**, de acuerdo a 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 se impone costas a cargo de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

parte apelante Ana Rocío Astorquiza Enríquez dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$200.000.

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.**

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-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LUZ MARINA MEDINA PEDRAZA** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** Y EL **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 veintinueve (29) días del mes de octubre 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 **Nicolás Ramírez Muñoz** identificado con cedula de ciudadanía No. 1.018.463.893 y tarjeta profesional 302.039 del C.S.

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

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: La señora **LUZ MARINA MEDINA PEDRAZA** a través de apoderada judicial, pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del Régimen de Prime Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a la AFP Porvenir S.A., el 30 de julio de 1996; en consecuencia, solicita se condene a la AFP Porvenir S.A., a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos; igualmente solicita, se condene a Colpensiones a activar la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; condenar a las demandas a lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas procesales. (fl. 46 y 47).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 45 y 46 de las diligencias, que en síntesis advierten, que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales el 28 de septiembre de 1984; que el 30 de julio de 1996, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A; que al momento del traslado no fue asesorada ni informada por parte de la AFP Porvenir S.A., de las implicaciones que traería el traslado de régimen de cara a su derecho pensional; que al momento de vincularse con el fondo privado no le fueron informadas las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional; que mediante solicitud con radicado 2017_12925922 petitionó de Colpensiones la nulidad del traslado; que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la entidad pensional mediante escrito de 6 de diciembre de 2017, le negó la solicitud elevada.

CONTESTACIÓN: la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a toda y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición lo que le impide trasladarse entre regímenes pensionales en cualquier tiempo, sumó a ello, que la actora se encuentra inmersa en la prohibición contenida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Por último, señaló, que en el presente asunto no se configuran los presupuestos para que se declare la nulidad alegada. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (fl. 143 a 159).

A su turno, la accionada **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar, que el acto de afiliación no contiene vicio alguno en el consentimiento, por cuanto se dieron todos los presupuestos que imprimían las normas que regulaban la materia al momento de celebrar el negocio jurídico, así mismo señaló, que en el caso de la demandante no se probó la existencia de causal de nulidad que invalide el traslado de régimen pensional. **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 y la innominada o genérica. (fl. 191 a 199).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 10 de marzo de 2020, resolvió **declarar** la nulidad del traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Protección S.A; **condenar** a la sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros y gastos de administración, siendo obligación de la entidad pública recibir los dineros trasladados y actualizar la historia laboral de la actora; **declarar** no probados los medios exceptivos; condenar en costas a Porvenir S.A. (fl. Cd. 340)

Lo anterior por considerar el *a quo* que del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado Porvenir S.A., 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 declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandada **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, elevó recurso de apelación contra la anterior determinación, en el que afirma como motivos de disidencia, que no es dable la declaratoria de la nulidad aquí pretendida, ello, por cuanto del interrogatorio de parte rendido por la demandante, se puede evidenciar que la suscripción del formulario fue de manera voluntaria, sin presiones y atendiendo a la asesoría que recibió en dicho traslado de régimen, asesoría que se encontraba ajustada a la normatividad que regulaba la materia, así mismo indica que el deber de información y buen consejo sólo surgió con posterioridad al 2010, lo que implica que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

no era posible imponer dicha carga al fondo en el caso de la demandante. Ahora bien, censura la pasiva la condena impuesta por concepto de devolución por gastos de administración, pues la misma va en contravía de lo que se entiende como retribución mutua, en la medida que dichos dineros ya fueron apropiados y consumidos a efectos de cubrir la contingencia para el cual fueron creados, culmina señalando que no es dable imponer condena por concepto de costas procesales.

Por su parte, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, peticionó la revocatoria de la sentencia apelada, por considerar que no resulta dable la declaratoria de la nulidad aquí pregonada, pues de procederse así se estaría atentando en contra del principio de la sostenibilidad financiera, lo cual en el presente asunto se acredita con el estudio actuarial aportado por la demandante como medio de prueba, del que se advierte que Colpensiones deberá asumir con los recursos del sistema los excedentes en la pensión de la actora. Sumó a ello, que en cuanto a la carga de la prueba se está imponiendo una medida desproporcional a los fondos pensionales.

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 demandante encontrándose en términos allegó escrito de alegaciones finales, en el que persigue la confirmación de la sentencia apelada, al señalar que en manera alguna la AFP demandada demostró que cumplió con el deber de suministrar la información clara y suficiente a la afiliada al momento de traslado de régimen pensional, lo que a todas luces decanta en la ineficacia de la afiliación pretendida.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Parte demandada: En la oportunidad procesal, la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones**, solicitó la revocatoria de la sentencia apelada, al considerar, en síntesis, que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003, lo que le impide retornar al RPM, del mismo modo afirma, que la decisión de afiliación de la demandante se dio de forma libre y voluntaria por lo que no se acreditó vicio alguno en el consentimiento que decante en la anulación del acto jurídico de traslado.

Parte demandada: Por su parte, la sociedad **Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, solicitó la revocatoria de la sentencia apelada, al considerar, en síntesis, que 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, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, suma a lo anterior, que en caso de estimarse la anulación de la afiliación, no resulta procedente condenar a la sociedad a la devolución de los gastos de administración en tanto aquellos se encuentran consagrados en la ley y fueron destinados para el fin para el cual fueron creados.

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 se desprende la documental vista a folios 12 a 15 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, en estricta consonancia con los reparos invocados por las demandadas en los recursos de apelación, y 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*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad de la afiliación realizada por LUZ MARINA DEDINA PEDRAZA al régimen de ahorro individual administrado por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

En igual sentido, determinar si en el presente asunto hay lugar a condenar en costas a la demandada 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, cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 11 y 215); reclamación administrativa (fl. 12 a 14); respuesta emitida por Colpensiones (fl. 15); historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 16 a 18 y 164 a 166); certificación emitida por Colpensiones (fl. 19); bono pensional emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl.20. 21 y 212 a 214);



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

certifican emitida por Porvenir S.A. (fl. 22 y 200); historia laboral emitida por Porvenir S.A. (fl. 23 a 30); estudio de situación pensional (fl. 31 a 44); formulario de afiliación emitido por Horizonte S.A. (fl. 201); reporte Siafp emitido por Asofondos (fl. 202 y 203); formulario de afiliación a Porvenir S.A. (fl. 204 y 205); relación de aportes emitido por Porvenir S.A. (fl. 206 a 211); comunicados de prensa (fl. 216 y 217).

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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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.***



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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, 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



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

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

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).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 definitivos 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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.



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.



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

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 analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 28 de septiembre de 1984 tal como se advierte de la historia laboral que obra a folios 16 y 17 del informativo, para luego trasladarse a la AFP Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., el 30 de julio de 1996 (fl. 201), aspectos que se pueden confirmar con la información contenida en el reporte Siafp emitido por Asofondos y que reposa a folio 202 del expediente, fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada la demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; 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 Horizonte S.A., 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 encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 201).

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 *« Eso fue en el año 1996, fue en la empresa, yo trabajaba en ese momento con Purina, eh me llamaron las personas de talento humano y yo fui hasta talento humano, allí se encontraba el representante de Horizonte y me dijeron que el Gobierno había creado unos fondos de pensiones que eran muy similares al Seguro Social y que la única diferencia que había es que el señor empleador me iba a llevar los aportes al nuevo fondo de pensiones, a Horizonte»*. (Cd. Fl. 345).

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 Horizonte hoy Porvenir S.A., que a todas luces demuestra una inducción al error respecto a la actora, 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 Horizonte hoy 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 a la afiliada 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.

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la demandante y se condenó a la devolución de descuentos atinentes a los gatos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de la demandada Porvenir S.A., al considerar que no era procedente la condena impuesta por dicho concepto en atención a dichos conceptos fueron usufructuados por el actor para los fines que fueron destinados por ley.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Para resolver, se tiene que acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

«De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En tal virtud, no le asiste razón a la apelante al censurar la condena por concepto de devolución de los gastos de administración y demás, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la nulidad o ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que surge el deber, para las AFP, de reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones causadas, en consecuencia, se confirmará la decisión adoptada en primera instancia sobre este aspecto, debido a que se encuentra ajustada a derecho.

De otro lado, el apoderado judicial de la convocada a juicio AFP Porvenir S.A., se duele de la imposición de costas a cargo de su representada, al considerar que no es dable la aplicación de dicha condena.

Para resolver, preciso se torna remitirnos a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, norma que estipula las reglas a seguir al momento de imponerse condena por dicho concepto, advirtiendo así en su numeral 1° que *«Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código»*

A su turno, el artículo 366 del mismo Compendio Adjetivo establece que *«Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas»*

Ahora bien, el artículo 361 de la norma *ejusdem*, establece que las costas procesales se componen de la totalidad de las expensas y gastos en los que incurren las partes en el devenir del proceso, junto con las agencias en derecho, al momento de imponerse dicha condena, el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

operador judicial deberá sujetarse a criterios objetivos y verificables y lo señalada para tal fin por la legislación vigente.

De lo expuesto, se tiene entonces que son las costas procesales una forma de compensación que establece el legislador a favor de aquella parte que se ve compelida a ejercer la defensa de sus derechos, agotando así esfuerzos y capital para ello.

Así, considera la Sala que no le asiste razón a la parte demandada al reprochar la condena en costas en cabeza suya, pues como se indicó en precedencia, la parte demandante debió acudir a la jurisdicción en procura de sus derechos, haciéndose necesario de su parte un esfuerzo tanto económico como profesional; razón por la cual, la compensación a dicho esfuerzo y desgaste es la consecuente condena en constas a cargo de quien dio lugar al *litis*; en esa medida, se confirma la resuelto por el *a quo* frente a esta condena.

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las apelantes Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000, para cada.

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 Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

celebrada el 10 de marzo de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **LUZ MARINA MEDINA PEDRAZA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las apelantes Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000, para cada una.

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

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-



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

ACLARACIÓN DE VOTO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ MARINA MEDINA PEDRAZA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A. (RAD. 22201700806 01)**

M.P. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones que adopta la mayoría de la Sala, me permito aclarar el voto dentro del asunto de la referencia, precisando que si bien es cierto, en la demanda se solicitó la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS y que en la ponencia que acompañe se habla indistintamente de nulidad y/o ineficacia como si se tratara de la misma figura jurídica, no es menos cierto que, el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, criterio que se acompasa con lo expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LUZ DARY PASTRANA CABAL** 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 veintinueve (29) días del mes de octubre 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 (Santander) y tarjeta profesional 221.228 del C.S. de la J.,

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

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: La señora **LUZ DARY PASTRANA CABAL** a través de apoderado judicial, pretende se condene al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993 y a partir del 26 de febrero de 2006, junto con la indexación, intereses moratorios, costas y agencias en derecho (folio 2 y vuelto).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 2 vuelto del diligenciamiento, que en síntesis advierten que nació el 26 de febrero de 1951 y adelantó cotizaciones al otrora Instituto de Seguros Sociales mientras prestaba sus servicios en el sector privado, logrando aportar 1.512 semanas; resalta que desde el 8 de febrero de 1993 se vinculó como docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estando actualmente pensionada por esa entidad conforme la Resolución No. 310-056-671 de 2008. Indica que 2 de septiembre de 2015 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, misma que fue zanjada desfavorablemente en Resolución GNR 26061 de 5 de febrero de 2015, argumentando contar con una prestación pensional que emana incompatible; determinación confirmada en Acto Administrativo VPB 60777 de 10 de septiembre de 2015.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que al estar dentro de un régimen exceptuado al tenor del artículo 279 de la Ley 100 de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

1993, la afiliación al Seguro Social se reputa inválida. Adicionalmente, aún en gracia de discusión, no puede contar con dos asignaciones del tesoro público como lo prescribe el art. 128 de la Constitución Política.

Excepciones: propuso como medios exceptivos los titulados inexistencia del derecho y de la obligación; buena fe; prescripción; cobro de lo no debido; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y las que resulten probadas en el curso del litigio (folios 40 a 44).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 26 de agosto de 2020, resolvió **declarar** que COLPENSIONES debe reconocer a **Luz Dary Pastrana Cabal** la pensión de vejez conforme el Decreto 758 de 1990, atendiendo el IBL de toda la vida con una tasa de reemplazo del 90%, a partir del 2 de septiembre de 2014 y con una mesada inicial de \$1.158.195; **declaró no probada** la excepción de prescripción y por los resultados del proceso no analizar las demás; **condenar** a COLPENSIONES al pago del retroactivo del 2 de septiembre de 2014 al 31 de agosto de 2020 en suma de \$105.006.027; **condenar** a COLPENSIONES a reconocer los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993, entre la fecha de causación de cada mesada y la fecha de inclusión en nómina y, **condenar** en costas a la demandada (CD a folio 104).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que la accionante cumple con las previsiones para ser acreedora de la pensión del Acuerdo 049 de 1990 por resultar beneficiaria del régimen de transición y demostrar las pautas de esa normatividad; sin que pueda colegirse la incompatibilidad con la prestación concedida por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, según lo indicado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2649-2020 y, en la medida que los emolumentos de la pensión de vejez no tienen fuente pública. Resalta que las cotizaciones posteriores a la primera solicitud fueron por culpa de la demandada, debiendo concederse desde ese momento y por 13 mensualidades al año. Encuentra no probada la excepción de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

prescripción y, fulmina orden por intereses moratorios desde el 3 de enero de 2017 y hasta la inclusión en nómina.

RECURSO DE APELACIÓN: La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo en síntesis como reparos que la pensión de vejez petitionada emana incompatible con la otorgada por el FOMAG, al preverse desde la Ley 100 de 1993 la prohibición de percibir doble mesada pensional cuando se busca cubrir una misma contingencia o riesgo, como la vejez, según los literales c) y j) del artículo 13 modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003. Adiciona que la incompatibilidad surge por la falta de requisitos del literal a), al no adquirir el status de pensionada con anterioridad al 18 de mayo de 1992 y por el literal b) al no estar vinculada con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1278 de 2002, en tanto se integró desde 1976; todo lo anterior, conforme a lo dispuesto por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto No. 1459 de 2009, que al analizar las tensiones previstas en la Ley 4ª de 1992 consideró la presencia de 2 regímenes a razón del artículo 128 de la CN, junto con la incompatibilidad derivada del Decreto 1278 de 2002 para los vinculados y asimilados, y los inscritos en el escalafón por el Decreto 2277 de 1969 exceptuados por el art. 19 de la Ley 4º de 1992. Agregando que, desde la Ley 715 los docentes que se vinculen a entidades territoriales deben seguir afiliados al fondo del Magisterio y, los incorporados desde el Decreto 1278 del 2002 mantienen el régimen a su favor (artículo 15 de la Ley 91 de 1989) siempre que no opten por la asimilación. Concluyendo en la incompatibilidad, sí la de vejez se causa entre el 18 de mayo de 1992 al 11 de agosto de 1993, o entre el 21 de diciembre de 2001 y el 19 de junio de 2002 como día anterior a la entrada en vigencia del Decreto 1272 del 2002 e igualmente para los vinculados desde el 27 de junio de 2013.



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 pronunció.

Parte demandada: Reclama este extremo procesal se revoque la sentencia de primera instancia, en la medida que el derecho pensional de un afiliado al FOMAG resulta incompatible con la pensión de vejez reconocida por el régimen de prima media, si se causa entre el 18 de mayo de 1992 y el 11 de agosto de 1993 o entre el 21 de diciembre del 2001 y el 19 de junio del 2002, para aquellos docentes del sector educativo estatal. Indica que con la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, se encuentra expresamente prohibida la doble percepción de mesada pensional si se cubre la misma contingencia o riesgo, como en este caso.

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

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 deviene de la documental militante a folios 6 y 10, que dan cuenta de la solicitud pensional desde el 2 de septiembre de 2014.



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 el Juzgador de primera instancia y las inconformidades planteadas por la parte recurrente, 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 hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez por el tiempo cotizado en el régimen de prima media con prestación definida, como trabajadora del sector privado; cuando ostenta el beneficio pensional por la Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PENSIÓN DE VEJEZ – RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

Desde la expedición del Decreto 3041 de 1966, Acuerdo 224 de 1966, Acuerdo 029 de 1983 y Acuerdo 049 de 1990, posteriormente con la Ley 100 de 1993, en el sector privado para adquirir el derecho al riesgo de vejez, es necesario que se consoliden los siguientes requisitos; la edad, la afiliación, las semanas de cotización y, consecuente, el ingreso base de liquidación y la tasa de reemplazo.

Con miras a resolver la Litis planteada la Sala de Decisión analizará 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 de la accionante (fls.5), copia de la reclamación administrativa (fls.6 a 9), copia de las Resoluciones GNR 26061 de 5 de febrero y VPB 60777 de 10 de septiembre de 2015, (fls.10 a 17), reporte de semanas cotizadas en pensiones (fls.18 a 25, 48 a 53, 74 a 97), Acto Administrativo No. 310-056-671 emitido por la Secretaria Municipal de Tulua (fls.26 a 29) y medio magnetofónico contentivo de expediente administrativo (fls.99 y 102); probanzas de las cuales se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

colige, que LUZ DARY PASTRANA CABAL nació el 26 de febrero de 1951, razón por la cual, el mismo día y mes del año 2006 cumplió 55 años de edad (fl.5), en igual sentido se acredita que aportó al otrora Instituto de los Seguros Sociales como trabajador dependiente desde el 1° de octubre de 1976 y hasta el 21 de junio de 2019 un total de 1.742,29 (fl.74 a 89); supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia, a más que dicha prueba documental que se anexó al expediente, no fue reargüida ni tachada de falsa, en su oportunidad legal.

Así las cosas, con el objeto de atender el problema jurídico principal extendido por el *A quo* en interpretación de la demanda, correspondiente a la aplicación del régimen de transición reclamado, se tiene que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 indicó como finalidad del régimen de transición, otorgar el beneficio a los afiliados al régimen de prima media con prestación definida que cumplieran con los requisitos de la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema (1° de abril de 1994) tenían 35 o más años de edad si son mujeres o, 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, darles aplicación al régimen legal anterior establecido y en el cual se encontraban afiliados, y en consecuencia, se les reconozca el derecho y se liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieran tales requisitos

Así entonces, en principio, la reclamante PASTRANA CABAL resulta beneficiaria del régimen de transición mencionado, como quiera que contaba con 43 años de edad para el 1° de abril de 1994. Sin embargo, mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 se adicionó el artículo 48 de la Constitución Nacional relativo al derecho a la seguridad social, y en el parágrafo 4° de dicha disposición se impuso un límite temporal al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

beneficio de la transición, indicando que el mismo no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010, salvo para los trabajadores que, estando en éste régimen, tengan además 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del referido Acto Legislativo, a los que se les mantendría dicho régimen de transición hasta el año 2014.

Por tanto, pasa la Sala a determinar si de las pruebas allegadas se puede advertir que la demandante cumple con las previsiones de este Acto Legislativo, teniendo en cuenta que pretende el reconocimiento pensional en los términos del Acuerdo 049 de 1990, que reguló para la adquisición del derecho pensional en su artículo 12, contar con «a) *Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y, b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo*»

En tal contexto, analizado el diligenciamiento, emanan cumplidos los presupuestos para establecer que Luz Dary Pastrana es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en la medida que cuenta con aportes anteriores a la entrada en vigencia de la norma *ejusdem*, y los presupuestos pensionales con anterioridad al año 2010, como quiera que arribó a la edad pensional el 26 de febrero de 2006 y consumió 1.386,9 semanas con precedencia al 31 de julio de 2010.

Razón por la cual, es dable concluir que la accionante cumplió con los lineamientos pensionales del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, con antelación al año 2010 como lo reclama el Acto Legislativo 01 de 2005 para continuar con el beneficio de transición.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Aspecto que igualmente avala la concesión de la pensión de vejez, en tanto cuenta con la edad y más de 1.742,29.

No obstante lo anterior, la entidad pensional persiste en elevar disidencia respecto a la incompatibilidad en el reconocimiento de la prestación pensional por vejez, para lo cual, es menester de la Sala recordar que de antaño la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha tenido la oportunidad de precisar que el Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, es un mero administrador de las cotizaciones realizadas efectuadas por los empleadores y trabajadores, por tanto dichos recursos no hacen parte del Tesoro Público, así mediante proveído del 27 de enero de 1995 radicado No. 7109, con ponencia del H. Magistrado Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, indicó:

«La filosofía del precepto constitucional que no permite la percepción de dos asignaciones del Tesoro Público o que provengan de empresas o de instituciones en que la participación estatal sea principal o mayoritaria, no es otra que la de impedir, por razones de moralidad y decoro administrativos, que los empleados oficiales puedan valerse de su influencia para obtener del Estado una remuneración diferente o adicional a la que perciben como sueldo, sea que tal asignación adicional revista el carácter de honorario, dieta o como quiera denominarse.

(...)

Puede decirse, entonces, que el I.S.S. se convirtió en un mero administrador de los dineros que aportaran asalariados y empleadores, con el compromiso de manejarlos; y por consiguiente no puede afirmarse que las pensiones que este otorgue provinieron del Tesoro Público.

El Consejo de Estado, en fallo del 24 de marzo de 1983 expuso sobre el particular: "...Lo anterior exonera a la Sala de hacer el estudio sobre la naturaleza jurídica de las pensiones de jubilación acordadas por el Instituto de Seguros Sociales, que aunque últimamente configurado por establecimiento público, pagan las jubilaciones con recursos de origen privado, como son las cuotas obrero patronales, pues su financiación tripartita desapareció ante la peregrina tesis de que la mora en el pago extingue la obligación legal. Y no sólo los fondos son de derecho privado sino que los beneficiarios por lo menos en principio son trabajadores particulares."



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Con base en todas las reflexiones que se han dejado expuestas, se tiene que en el sub-exámine, estamos en presencia de dos pensiones completamente diferentes, la que recibe el demandante de la Caja Nacional de Previsión Social y la que reclama ahora del Seguro Social, las que igualmente tienen un origen o concepto distinto, **pues la una obedece a servicios prestados al Estado Colombiano y la que reclama del I.S.S. es por haber prestado servicios laborales a otra entidad, cotizando a dicho ente para el riesgo de vejez y los fondos con los que se pagan esas pensiones, son igualmente opuestos**, todo lo cual hace que las dos **pensiones sean compatibles**» (Resalta fuera de texto)

Razón por la cual, no es cierto que la pensión ahora reclamada sea financiada mediante dineros del Tesoro Público, mucho menos cuando estos devienen de cotizaciones efectuadas al servicio de empresas privadas, por tanto, aun cuando un afiliado disfrute de una pensión del sector público le asiste el derecho al rubro por vejez a cargo de Colpensiones, sin que exista incompatibilidad entre ambas prestaciones.

Criterio que por demás fue asentado en un caso similar, donde la máxima corporación de cierre en sentencia SL 451- 2013, rad. 41001 del 17 de julio de 2013, Magistrado Ponente Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, explicó:

«En lo que tiene que ver con la segunda cuestión planteada en el cargo, en este caso era perfectamente posible emitir el bono pensional para financiar una eventual pensión de vejez, pues las cotizaciones que pretenden ser compensadas a través del mismo, fueron hechas al Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados por la demandante a instituciones privadas, con anterioridad a su ingreso al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que, en todo caso, eran diferentes a los tiempos de servicio que sirvieron de base al reconocimiento de la pensión oficial.

En tales condiciones, no existía incompatibilidad alguna entre el bono pensional y la pensión de jubilación oficial, como bien lo concluyó el Tribunal, ni se está prohijando una mezcla inadecuada entre dos regímenes, como lo denuncia de manera confusa la censura.

En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional.

En sentencias como la del 6 de diciembre de 2011, Rad. 40848, la Sala ha dicho que no existen razones jurídicamente válidas para concluir que la pensión de jubilación oficial que se reconoce a un docente, resulta incompatible con la pensión de vejez que puede obtener el Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados a instituciones de naturaleza privada. Ha dicho la Sala:

*“(...)El debate sobre el carácter de los dineros con que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES paga las prestaciones que concede, **hace rato fue superado en el sentido de colegir que no tiene la calidad de asignación proveniente del tesoro público**, en tanto los aportes que sirven para su financiación no tienen origen en fondos de naturaleza pública, **dado que son realizados por empleadores y trabajadores**, distinción que tampoco hizo el juez de la alzada, en desmedro de la posibilidad de acierto de la providencia gravada. Basta aludir al fallo de casación No. 24062, de 14 de febrero de 2005, en el cual se adocrinó:*

*“Pero sucede, que tratándose de las pensiones que administra para su pago el Instituto de Seguros Sociales, **ya sea el afiliado un trabajador particular o uno oficial que se someta al régimen solidario de prima media con prestación definida, no es factible colegir**, de la misma manera, que **se sufragan con dineros del tesoro**, por las siguientes razones:*

“- El fondo económico de donde se cancelan las pensiones de vejez, invalidez o de sobrevivientes no resulta ser de propiedad del Instituto de Seguros Sociales, por ser este Instituto un mero administrador, lo que significa que en virtud de la naturaleza jurídica del ISS, no es dable estimar a dicho fondo común como bien del tesoro haciendo parte de la prohibición del canon 128 de la Carta Política.

*“- En cuanto a las cotizaciones que recibe el ISS de una entidad oficial, si bien provienen del Tesoro, constituyen un patrimonio de afectación parafiscal, por estar destinados exclusivamente a engrosar el fondo común para el pago de las pensiones conforme a la ley, pues su finalidad es contribuir con el financiamiento de ese régimen, **y por tanto los dineros que en un comienzo fueron propios del erario público dejan de serlo al quedar trasladados a la entidad de seguridad social**, entrando a engrosar una reserva parafiscal que por ficción legal y constitucional dejan de ser propiedad de la entidad, a más de que una parte de esos aportes o cotizaciones sale del patrimonio del trabajador.*

“En este orden, la pensión legal concedida por el ISS a uno de sus asegurados, como consecuencia de las cotizaciones o aportes que efectuó el Estado o los particulares, no tiene el carácter de pública”.

En idéntica dirección pueden verse las sentencias del 12 de agosto de 2009, Rad. 35374 y 3 de mayo de 2011, Rad. 39810.

Como conclusión, **no existía incompatibilidad** alguna entre la **pensión de jubilación oficial** reconocida a la demandante **y la pensión de vejez derivada del sistema de seguridad social**, por lo que, tampoco existía alguna objeción para que, por esta razón, se dejara de incluir el bono



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

pensional causado por aportes al Instituto de Seguros Sociales, dentro de la devolución de saldos. (Resalta fuera de texto)

Y es que en verdad, aunque la demandante laborara como docente en el sector público, tal situación no le eximia de la obligación de realizar aportes al Sistema General de Pensiones, durante los interregnos en los cuales prestó sus servicios en el sector privado, contrario sensu, la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha enfatizado en tal obligación, desde vieja data, por ello ya en la sentencia con Rad. 28164 del 19 de junio de 2018, M.P Gustavo José Gnecco, indicó:

«La circunstancia de que la demandante se encontrara afiliada por cuenta de un Colegio oficial al sistema a cargo de la Caja Nacional de Previsión no exoneraba a la institución demandada de la obligación de afiliarla a la seguridad social, pues esa obligación es de carácter general y no estaba contemplada como excepción en el Acuerdo 049 de 1990 ni en las normas que la antecedieron. La regla allí consignada se limita a prescribir que los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje son afiliados forzosos. No consagra ese Acuerdo la incompatibilidad de que habla la institución demandada. En el mismo sentido, las normas citadas en su defensa por la demandada en la inspección judicial, artículo 134 del Decreto Ley 1650 de 1977 y el 57 del Decreto 3063 de 1989 no consagran esa excepción. (Folio 202).

Importa anotar que el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, establece sobre el particular la posibilidad de acumulación de cotizaciones de los docentes que deban ser afiliados al Fondo nacional de Prestaciones del Magisterio, que además reciban remuneraciones del sector privado, para que sean administrados en ese fondo o en cualquiera de las administradoras de los regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993, lo que corrobora la obligación de la demandada de efectuar cotizaciones a ese sistema por razón de la vinculación laboral de la actora.

La alegación de que la profesora demandante solicitó que no se le efectuaran cotizaciones para el régimen de seguridad social no es admisible, pues los derechos que surgen de la seguridad social, al igual que los laborales, son irrenunciables. Y la alegación consistente en que el establecimiento educativo no tiene carácter de empresa tampoco es atendible, como que “empresa”, según se hallaba definida por el Código Sustantivo del Trabajo para la época de los hechos, es toda unidad de explotación económica, condición que sin duda reúne la entidad demandada al ejercer una actividad educativa con fines de lucro.”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Luego, siendo obligación de la accionante realizar aportes por los periodos laborados en el sector privado, mal podrían desconocerse los mismos, pretermitiendo que Colpensiones no conceda el derecho pensional al cual tiene derecho, con cargo a los tiempos cotizados al Instituto de Seguros Sociales como trabajadora del sector privado, máxime cuando en reiterada jurisprudencia la H. Corte Suprema de Justicia ha sido clara en que la pensión percibida por los docentes oficiales, no resulta incompatible, por lo que los cargos de la censura planteada por la administradora del régimen de prima media con prestación definida no se encuentran llamados a prosperar y, en suma, la condena impartida en su contra por el fallador de instancia, debe ser confirmada.

FECHA DE DISFRUTE Y CUANTÍA

En lo que atañe a la calenda de disfrute de la prestación, juzga conveniente recordar esta Colegiatura los lineamientos de los artículos 13 y 35 del 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Mientras que, el disfrute de la pensión deviene al momento en que lo solicite el afiliado, siempre que haya acreditado su desafiliación al sistema general de pensiones.

En claro lo anterior, esta Sala de Decisión juzga conveniente traer a colación la sentencia rad. 39391 del 22 de febrero de 2011 con ponencia del H. Magistrado Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve, mediante la cual se consideró que, si bien el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 resulta aplicable para estos asuntos, lo cierto es que dicha normativa 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 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 (...)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

*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. (...) Para efectos del cálculo del monto de aquella, no se deben tener en cuenta los aportes que realizó con posterioridad»* (subraya fuera de texto)

De cara a lo anterior, evidencia esta segunda instancia que en la Resolución GNR 26061 de 5 de febrero de 2015 (fls. 10 a 12) se avizora la solicitud pensional radicada el 2 de septiembre de 2014; ratificado en Acto Administrativo VPB 60777 de 10 de septiembre de 2015; a través de las cuales indicaron de manera vehemente la ausencia de derecho a la pensión de vejez, empero, contrario a lo allí descrito y conforme se ha explicado *in extenso* en líneas anteriores, se corrobora que Pastrana Cabal cumplía a cabalidad con los postulados del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

Circunstancia anterior, que conllevó la continuidad en el pago de aportes al subsistema de seguridad social en pensión por la convocante. En esa medida, no cabe duda que el pago de cotizaciones posteriores ocurrieron por una clara desidia de la entidad administradora de pensiones – Colpensiones; hecho que no puede ser trasladado a LUZ DARY PASTRABA CABAL, quien al haber consolidado su derecho tuvo que continuar cotizando ante la negligencia de la entidad al estudiar la pretensión reclamada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En esa medida, se tendrá como fecha de reconocimiento de la pensión el 2 de septiembre de 2014, como calenda de *petitum* administrativo conforme a las enseñanzas de la sentencia aludida (rad. 39391 del 22 de febrero de 2011), tal y como lo estableció el Juzgador de primer grado; a más que las cotizaciones adicionales en su generalidad fueron elevadas en un monto equivalente al salario mínimo mensual legal vigente, lo que impidió generar un impacto ascendente en el *quantum* de la mesada.

Ahora, 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 la activa es beneficiaria de las dos formas liquidatorias de la pensión, al lograr aportar durante toda su vida la suma de 1.742,29 semanas y 1.515 para la data de disfrute, siendo viable efectuar y escoger por favorabilidad el porcentaje que le sea más benéfico. Efectuadas las operaciones aritméticas de rigor con apoyo del Grupo Liquidador de la Rama Judicial, con la inclusión de una tasa de reemplazo del 90% bajo los apremios del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, se desprende que el monto pensional con los aportes de toda la vida (hasta el 2 de septiembre de 2014) conduce a una cuantía inicial de \$1'128.211,80 y, con los gestados los 10 últimos años corresponde a \$849.262,66.

Rubro que al ser inferior al impuesto por el *A quo*, es que este Juez Colegiado en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, efectuara la modificación correspondiente, determinando como mesada inicial la calculada por toda la vida y en valor de \$1'128.211,80.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Establecido el derecho en cabeza del demandante, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado en debida forma por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones al contestar el introductorio (folios 43).

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). 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 PASTRANA CABAL logró su derecho a partir del 2 de septiembre de 2014 y radicó la demanda ordinaria laboral 31 de agosto de 2016 como figura en el acta individual de reparto militante a folio 31, es indudable que el presente asunto no se encuentra afectado el derecho por el fenómeno del trienio prescriptivo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

De suerte que, habrá de condenarse al retroactivo pensional desde el 2 de septiembre de 2014, mismo que liquidado a 30 de septiembre de 2020 asciende a \$103'759.729,22.

INTERESES DE MORA – ARTÍCULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993.

Sobre el particular, la norma pensional que estableció los intereses moratorios deprecados por el actor en el *libelo*, 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*»

En ese entendido, y descendiendo a los supuestos facticos del *sub judice*, se tiene que la norma de seguridad social integral es clara en manifestar que los intereses moratorios se causaran, siempre que la entidad administradora de pensiones entre en mora en el pago de las mesadas pensionales, ello, vencido de gracia otorgado por el Legislador que corresponde a 4 meses al tenor del artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

Así las cosas, sin lugar a dudas se configuran en el caso de autos el reconocimiento de los intereses moratorios pues la convocante, en tiempo, acreditó ante la entidad accionada el cumplimiento de los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez sin que Colpensiones resolviera reconocer la pensión de vejez y, sin que resulte válida la justificación aducida, pues la misma desdice de la abundante doctrina nacional que sobre tal aspecto. Como diáfananamente acaeció en el *sub examine* y fue objeto de análisis en momentos antepuestos.

Sobre el particular, necesario es agregar que si se reclaman los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

intereses de mora por tardanza en el pago de la pensión, los mismos se estructurarán atendiendo el *petitum* que se eleve sobre este puntual aspecto y hasta la data en que se reconoció la pensión, entendida como la fecha de inclusión en nómina e inicio de pago. Empero, cuando se suplica la institución de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 por la demora injustificada en el reconocimiento y pago del retroactivo pensional, evidente emana que estos deben computarse según la calenda de solicitud sobre mesadas adeudadas (retroactivo) y hasta que se pague el mismo, si es que no se ha efectuado.

De suerte que, fluye diáfano que ante las actuales características que rodearon el devenir del asunto judicial y, que en síntesis, involucraron el reclamo pensional, es que se atenderá tal circunstancia para computarlos después del vencimiento del periodo de exención con que cuenta la pasiva, ello es, 4 meses posteriores al 2 de septiembre de 2014 y hasta que se incluya en nómina de pensionados.

Dimanando en que procedería la modificación de la sentencia de primer grado, empero, al referenciar el *A quo* en sus consideraciones que aquellos correrían desde el 3 de enero de 2017, es que no se ejecutará ningún cambio en aplicación al principio a la *no reformatio in pejus*.

COSTAS.

Se confirma la condena en costas impuesta por el A-quo. En esta segunda instancia sin costas, dado el resultado del 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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR el **NUMERAL PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 26 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de establecer como cuantía inicial de la pensión de vejez concedida a LUZ DARY PASTRANA CABAL, es la suma de \$1'128.211,80., conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: MODIFICAR el **NUMERAL TERCERO** del proveído objeto de alzada, en el sentido de indicar que el retroactivo pensional calculado del 2 de septiembre de 2014 al 30 de septiembre de 2020, asciende a \$103'759.729,22, atendiendo lo expuesto.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia apelada en lo demás.

TERCERO: COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el A-quo. En esta segunda instancia sin costas, dado el resultado del 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.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', with a large, stylized flourish above it.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

The image shows a handwritten signature in black ink on a light-colored background. The signature is stylized and appears to read 'Luis Barón'. Below the signature, the name and title are printed in bold, black, uppercase letters.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

The image shows a handwritten signature in black ink on a light-colored background. The signature is stylized and appears to read 'Diana Camacho'. Below the signature, the name is printed in bold, black, uppercase letters.

-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-



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA LABORAL -
MAGISTRADO: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
RADICADO: 110013105025201653001
DEMANDANTE : LUZ PASTRANA
DEMANDADO: COLPENSIONES

FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
-----------------	---------------	---------------	----------

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta los aportes realizados durante toda la vida y los últimos diez años actualizado a 2014, aplicando el 90% para obtener el valor de la primera mesada, calcular retroactivo pensional.

Promedio Salarial Anual							
Año 1973							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/10/73	31/10/73	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
01/11/73	30/11/73	30	1.770,00	59,00	\$ 1.770,00		
01/12/73	31/12/73	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
Total días		92			\$ 5.428,00	\$ 59,00	\$ 1.770,00
Año 1974							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/74	31/01/74	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
01/02/74	28/02/74	28	1.770,00	59,00	\$ 1.652,00		
01/03/74	31/03/74	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
01/04/74	30/04/74	30	1.770,00	59,00	\$ 1.770,00		
01/05/74	31/05/74	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
01/06/74	30/06/74	30	1.770,00	59,00	\$ 1.770,00		
01/07/74	31/07/74	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
01/08/74	31/08/74	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
01/09/74	30/09/74	30	1.770,00	59,00	\$ 1.770,00		
01/10/74	31/10/74	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
01/11/74	30/11/74	30	1.770,00	59,00	\$ 1.770,00		
01/12/74	31/12/74	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
Total días		365			\$ 21.535,00	\$ 59,00	\$ 1.770,00
Año 1975							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/75	31/01/75	31	2.430,00	81,00	\$ 2.511,00		
01/02/75	28/02/75	28	2.430,00	81,00	\$ 2.268,00		
01/03/75	31/03/75	31	2.430,00	81,00	\$ 2.511,00		
01/04/75	30/04/75	30	2.430,00	81,00	\$ 2.430,00		
01/05/75	31/05/75	31	2.430,00	81,00	\$ 2.511,00		
01/06/75	30/06/75	30	2.430,00	81,00	\$ 2.430,00		
01/07/75	31/07/75	31	2.430,00	81,00	\$ 2.511,00		
01/08/75	31/08/75	31	2.430,00	81,00	\$ 2.511,00		
01/09/75	30/09/75	30	2.430,00	81,00	\$ 2.430,00		
01/10/75	31/10/75	23	2.430,00	81,00	\$ 1.863,00		
Total días		296			\$ 23.976,00	\$ 81,00	\$ 2.430,00
Año 1981							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
02/03/81	31/03/81	30	14.610,00	487,00	\$ 14.610,00		
01/04/81	30/04/81	30	14.610,00	487,00	\$ 14.610,00		
01/05/81	31/05/81	31	14.610,00	487,00	\$ 15.097,00		
01/06/81	30/06/81	30	14.610,00	487,00	\$ 14.610,00		
01/07/81	31/07/81	31	14.610,00	487,00	\$ 15.097,00		
01/08/81	31/08/81	31	14.610,00	487,00	\$ 15.097,00		
01/09/81	30/09/81	30	14.610,00	487,00	\$ 14.610,00		
01/10/81	31/10/81	31	14.610,00	487,00	\$ 15.097,00		
01/11/81	30/11/81	30	14.610,00	487,00	\$ 14.610,00		
01/12/81	31/12/81	31	14.610,00	487,00	\$ 15.097,00		
Total días		305			\$ 148.535,00	\$ 487,00	\$ 14.610,00
Año 1982							



Rama Judicial del Poder Público
 Consejo Superior de la Judicatura
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral
 Bogotá – Cundinamarca

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/82	31/01/82	31	14.610,00	487,00	\$ 15.097,00		
01/02/82	28/02/82	28	17.790,00	593,00	\$ 16.604,00		
01/03/82	31/03/82	31	17.790,00	593,00	\$ 18.383,00		
01/04/82	30/04/82	30	17.790,00	593,00	\$ 17.790,00		
01/05/82	31/05/82	31	17.790,00	593,00	\$ 18.383,00		
01/06/82	30/06/82	30	17.790,00	593,00	\$ 17.790,00		
01/07/82	31/07/82	31	17.790,00	593,00	\$ 18.383,00		
13/08/82	31/08/82	19	9.700,00	323,33	\$ 6.143,33		
01/10/82	31/10/82	31	9.700,00	323,33	\$ 10.023,33		
01/11/82	30/11/82	30	9.700,00	323,33	\$ 9.700,00		
01/12/82	31/12/82	31	14.226,00	474,20	\$ 14.700,20		
Total días		323			\$ 162.996,87	\$ 504,63	\$ 15.139,03
Año 1983							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/83	31/01/83	31	24.200,00	806,67	\$ 25.006,67		
01/02/83	28/02/83	28	24.200,00	806,67	\$ 22.586,67		
01/03/83	31/03/83	31	24.200,00	806,67	\$ 25.006,67		
01/05/83	31/05/83	31	24.200,00	806,67	\$ 25.006,67		
01/06/83	30/06/83	30	24.200,00	806,67	\$ 24.200,00		
01/08/83	31/08/83	31	12.100,00	403,33	\$ 12.503,33		
01/09/83	30/09/83	30	24.200,00	806,67	\$ 24.200,00		
01/10/83	31/10/83	31	24.200,00	806,67	\$ 25.006,67		
01/11/83	30/11/83	30	24.200,00	806,67	\$ 24.200,00		
01/12/83	31/12/83	31	24.200,00	806,67	\$ 25.006,67		
Total días		304			\$ 232.723,33	\$ 765,54	\$ 22.966,12
Año 1984							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/02/84	29/02/84	29	35.800,00	1.193,33	\$ 34.606,67		
01/04/84	30/04/84	30	45.000,00	1.500,00	\$ 45.000,00		
01/05/84	31/05/84	31	30.000,00	1.000,00	\$ 31.000,00		
01/06/84	30/06/84	30	30.000,00	1.000,00	\$ 30.000,00		
01/07/84	31/07/84	31	28.000,00	933,33	\$ 28.933,33		
01/08/84	31/08/84	31	15.000,00	500,00	\$ 15.500,00		
01/09/84	30/09/84	30	30.000,00	1.000,00	\$ 30.000,00		
01/10/84	31/10/84	31	30.000,00	1.000,00	\$ 31.000,00		
01/11/84	30/11/84	30	30.000,00	1.000,00	\$ 30.000,00		
01/12/84	31/12/84	31	30.000,00	1.000,00	\$ 31.000,00		
Total días		304			\$ 307.040,00	\$ 1.010,00	\$ 30.300,00
Año 1985							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/85	31/01/85	31	30.000,00	1.000,00	\$ 31.000,00		
01/02/85	28/02/85	28	30.000,00	1.000,00	\$ 28.000,00		
01/03/85	31/03/85	31	28.000,00	933,33	\$ 28.933,33		
01/04/85	30/04/85	30	15.000,00	500,00	\$ 15.000,00		
01/05/85	31/05/85	31	15.000,00	500,00	\$ 15.500,00		
01/06/85	30/06/85	30	31.050,00	1.035,00	\$ 31.050,00		
01/07/85	31/07/85	31	17.250,00	575,00	\$ 17.825,00		
01/08/85	31/08/85	31	31.050,00	1.035,00	\$ 32.085,00		
01/09/85	30/09/85	30	34.500,00	1.150,00	\$ 34.500,00		
01/10/85	31/10/85	31	34.500,00	1.150,00	\$ 35.650,00		
01/11/85	30/11/85	30	34.500,00	1.150,00	\$ 34.500,00		
01/12/85	31/12/85	31	34.500,00	1.150,00	\$ 35.650,00		
Total días		365			\$ 339.693,33	\$ 930,67	\$ 27.920,00
Año 1986							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/86	31/01/86	16	34.500,00	1.150,00	\$ 18.400,00		
01/03/86	31/03/86	31	34.500,00	1.150,00	\$ 35.650,00		
01/04/86	30/04/86	30	41.000,00	1.366,67	\$ 41.000,00		
01/05/86	31/05/86	31	44.850,00	1.495,00	\$ 46.345,00		
01/06/86	30/06/86	30	41.400,00	1.380,00	\$ 41.400,00		
01/07/86	31/07/86	31	20.700,00	690,00	\$ 21.390,00		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

01/08/86	31/08/86	31	18.799,00	626,63	\$ 19.425,63		
01/09/86	30/09/86	30	46.998,00	1.566,60	\$ 46.998,00		
01/10/86	31/10/86	31	46.998,00	1.566,60	\$ 48.564,60		
01/12/86	31/12/86	31	46.998,00	1.566,60	\$ 48.564,60		
Total días		292			\$ 367.737,83	\$ 1.259,38	\$ 37.781,28
Año 1987							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/87	31/01/87	31	46.998,00	1.566,60	\$ 48.564,60		
01/02/87	28/02/87	28	46.998,00	1.566,60	\$ 43.864,80		
01/03/87	31/03/87	31	43.865,00	1.462,17	\$ 45.327,17		
01/04/87	30/04/87	30	47.370,00	1.579,00	\$ 47.370,00		
01/05/87	31/05/87	31	47.370,00	1.579,00	\$ 48.949,00		
01/06/87	30/06/87	30	47.370,00	1.579,00	\$ 47.370,00		
01/07/87	31/07/87	10	47.370,00	1.579,00	\$ 15.790,00		
20/08/87	31/08/87	12	54.630,00	1.821,00	\$ 21.852,00		
01/09/87	30/09/87	30	54.630,00	1.821,00	\$ 54.630,00		
01/10/87	31/10/87	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/11/87	30/11/87	30	54.630,00	1.821,00	\$ 54.630,00		
01/12/87	31/12/87	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
Total días		325			\$ 541.249,57	\$ 1.665,38	\$ 49.961,50
Año 1988							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/88	31/01/88	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/02/88	29/02/88	29	54.630,00	1.821,00	\$ 52.809,00		
01/03/88	31/03/88	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/04/88	30/04/88	30	54.630,00	1.821,00	\$ 54.630,00		
01/05/88	31/05/88	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/06/88	30/06/88	30	54.630,00	1.821,00	\$ 54.630,00		
01/07/88	31/07/88	15	54.630,00	1.821,00	\$ 27.315,00		
16/08/88	31/08/88	16	70.260,00	2.342,00	\$ 37.472,00		
01/09/88	30/09/88	30	70.260,00	2.342,00	\$ 70.260,00		
01/10/88	31/10/88	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/11/88	30/11/88	30	70.260,00	2.342,00	\$ 70.260,00		
01/12/88	31/12/88	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
Total días		335			\$ 681.933,00	\$ 2.035,62	\$ 61.068,63
Año 1989							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/89	31/01/89	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/02/89	28/02/89	28	70.260,00	2.342,00	\$ 65.576,00		
01/03/89	31/03/89	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/04/89	30/04/89	30	70.260,00	2.342,00	\$ 70.260,00		
01/05/89	31/05/89	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/06/89	30/06/89	30	70.260,00	2.342,00	\$ 70.260,00		
01/07/89	15/07/89	15	70.260,00	2.342,00	\$ 35.130,00		
16/08/89	31/08/89	16	89.070,00	2.969,00	\$ 47.504,00		
01/09/89	30/09/89	30	89.070,00	2.969,00	\$ 89.070,00		
01/10/89	31/10/89	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
01/11/89	30/11/89	30	89.070,00	2.969,00	\$ 89.070,00		
01/12/89	31/12/89	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
Total días		334			\$ 868.754,00	\$ 2.601,06	\$ 78.031,80
Año 1990							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/90	31/01/90	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
01/02/90	28/02/90	28	89.070,00	2.969,00	\$ 83.132,00		
01/03/90	31/03/90	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
01/04/90	30/04/90	30	89.070,00	2.969,00	\$ 89.070,00		
01/05/90	31/05/90	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
01/06/90	30/06/90	30	89.070,00	2.969,00	\$ 89.070,00		
01/07/90	31/07/90	15	89.070,00	2.969,00	\$ 44.535,00		
24/08/90	31/08/90	8	111.000,00	3.700,00	\$ 29.600,00		
01/09/90	30/09/90	30	111.000,00	3.700,00	\$ 111.000,00		
01/10/90	31/10/90	31	111.000,00	3.700,00	\$ 114.700,00		
01/11/90	30/11/90	30	111.000,00	3.700,00	\$ 111.000,00		
01/12/90	31/12/90	31	111.000,00	3.700,00	\$ 114.700,00		



**Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca**

Total días		326			\$ 1.062.924,00	\$ 3.260,50	\$ 97.815,09
Año 1991							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/91	31/01/91	31	111.000,00	3.700,00	\$ 114.700,00		
01/02/91	28/02/91	28	111.000,00	3.700,00	\$ 103.600,00		
01/03/91	31/03/91	31	111.000,00	3.700,00	\$ 114.700,00		
01/04/91	30/04/91	30	111.000,00	3.700,00	\$ 111.000,00		
01/05/91	31/05/91	31	111.000,00	3.700,00	\$ 114.700,00		
01/06/91	30/06/91	30	111.000,00	3.700,00	\$ 111.000,00		
01/07/91	15/07/91	15	111.000,00	3.700,00	\$ 55.500,00		
16/08/91	31/08/91	16	150.270,00	5.009,00	\$ 80.144,00		
01/09/91	30/09/91	30	150.270,00	5.009,00	\$ 150.270,00		
01/10/91	31/10/91	31	150.270,00	5.009,00	\$ 155.279,00		
01/11/91	30/11/91	30	150.270,00	5.009,00	\$ 150.270,00		
01/12/91	31/12/91	31	150.270,00	5.009,00	\$ 155.279,00		
Total días		334			\$ 1.416.442,00	\$ 4.240,84	\$ 127.225,33
Año 1992							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/92	31/01/92	31	150.270,00	5.009,00	\$ 155.279,00		
01/02/92	29/02/92	29	150.270,00	5.009,00	\$ 145.261,00		
01/03/92	31/03/92	31	150.270,00	5.009,00	\$ 155.279,00		
01/04/92	30/04/92	30	150.270,00	5.009,00	\$ 150.270,00		
01/05/92	31/05/92	31	150.270,00	5.009,00	\$ 155.279,00		
01/06/92	30/06/92	30	150.270,00	5.009,00	\$ 150.270,00		
01/07/92	31/07/92	15	150.270,00	5.009,00	\$ 75.135,00		
01/08/92	31/08/92	6	197.910,00	6.597,00	\$ 39.582,00		
01/09/92	30/09/92	30	197.910,00	6.597,00	\$ 197.910,00		
01/10/92	31/10/92	31	197.910,00	6.597,00	\$ 204.507,00		
01/11/92	30/11/92	30	197.910,00	6.597,00	\$ 197.910,00		
01/12/92	31/12/92	31	197.910,00	6.597,00	\$ 204.507,00		
Total días		325			\$ 1.831.189,00	\$ 5.634,43	\$ 169.032,83
Año 1993							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/93	31/01/93	31	197.910,00	6.597,00	\$ 204.507,00		
01/02/93	28/02/93	28	197.910,00	6.597,00	\$ 184.716,00		
01/03/93	31/03/93	31	197.910,00	6.597,00	\$ 204.507,00		
01/04/93	30/04/93	30	197.910,00	6.597,00	\$ 197.910,00		
01/05/93	31/05/93	31	197.910,00	6.597,00	\$ 204.507,00		
01/06/93	30/06/93	30	197.910,00	6.597,00	\$ 197.910,00		
01/07/93	31/07/93	15	197.910,00	6.597,00	\$ 98.955,00		
19/08/93	31/08/93	13	254.730,00	8.491,00	\$ 110.383,00		
01/09/93	30/09/93	30	254.730,00	8.491,00	\$ 254.730,00		
01/10/93	31/10/93	31	254.730,00	8.491,00	\$ 263.221,00		
01/11/93	30/11/93	30	254.730,00	8.491,00	\$ 254.730,00		
01/12/93	31/12/93	31	254.730,00	8.491,00	\$ 263.221,00		
Total días		331			\$ 2.439.297,00	\$ 7.369,48	\$ 221.084,32
Año 1994							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/94	31/01/94	31	254.730,00	8.491,00	\$ 263.221,00		
01/02/94	28/02/94	28	254.730,00	8.491,00	\$ 237.748,00		
01/03/94	31/03/94	31	254.730,00	8.491,00	\$ 263.221,00		
01/04/94	30/04/94	30	265.000,00	8.833,33	\$ 265.000,00		
01/05/94	31/05/94	31	265.000,00	8.833,33	\$ 273.833,33		
01/06/94	30/06/94	17	265.000,00	8.833,33	\$ 150.166,67		
01/09/94	30/09/94	30	401.983,00	13.399,43	\$ 401.983,00		
01/10/94	31/10/94	31	401.983,00	13.399,43	\$ 415.382,43		
01/11/94	30/11/94	30	401.983,00	13.399,43	\$ 401.983,00		
01/12/94	31/12/94	31	401.983,00	13.399,43	\$ 415.382,43		
Total días		290	-		\$ 3.087.920,87	\$ 10.648,00	\$ 319.440,09
Año 1995							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/02/95	28/02/95	30	402.000,00	13.400,00	\$ 402.000,00		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

01/03/95	31/03/95	30	402.000,00	13.400,00	\$ 402.000,00		
01/04/95	30/04/95	30	402.000,00	13.400,00	\$ 402.000,00		
01/05/95	31/05/95	30	402.000,00	13.400,00	\$ 402.000,00		
01/06/95	30/06/95	30	241.000,00	8.033,33	\$ 241.000,00		
01/07/95	31/07/95	30	401.982,00	13.399,40	\$ 401.982,00		
01/09/95	30/09/95	30	496.000,00	16.533,33	\$ 496.000,00		
01/10/95	31/10/95	30	496.000,00	16.533,33	\$ 496.000,00		
01/11/95	30/11/95	30	496.000,00	16.533,33	\$ 496.000,00		
01/12/95	31/12/95	30	645.000,00	21.500,00	\$ 645.000,00		
Total días		300			\$ 4.383.982,00	\$ 14.613,27	\$ 438.398,20
Año 1996							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/96	31/01/96	30	496.000,00	16.533,33	\$ 496.000,00		
01/02/96	29/02/96	30	496.000,00	16.533,33	\$ 496.000,00		
01/03/96	31/03/96	30	496.000,00	16.533,33	\$ 496.000,00		
01/04/96	30/04/96	30	496.000,00	16.533,33	\$ 496.000,00		
01/05/96	31/05/96	30	496.000,00	16.533,33	\$ 496.000,00		
01/06/96	30/06/96	30	496.000,00	16.533,33	\$ 496.000,00		
01/07/96	31/07/96	30	496.450,00	16.548,33	\$ 496.450,00		
01/08/96	31/08/96	30	334.000,00	11.133,33	\$ 334.000,00		
01/09/96	30/09/96	30	667.000,00	22.233,33	\$ 667.000,00		
01/10/96	31/10/96	30	667.000,00	22.233,33	\$ 667.000,00		
01/11/96	30/11/96	30	667.000,00	22.233,33	\$ 667.000,00		
01/12/96	31/12/96	30	667.000,00	22.233,33	\$ 667.000,00		
Total días		360			\$ 6.474.450,00	\$ 17.984,58	\$ 539.537,50
Año 1997							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/97	31/01/97	30	667.000,00	22.233,33	\$ 667.000,00		
01/02/97	28/02/97	30	667.000,00	22.233,33	\$ 667.000,00		
01/03/97	31/03/97	30	667.000,00	22.233,33	\$ 667.000,00		
01/04/97	30/04/97	30	667.000,00	22.233,33	\$ 667.000,00		
01/05/97	31/05/97	30	667.000,00	22.233,33	\$ 667.000,00		
01/06/97	30/06/97	30	667.000,00	22.233,33	\$ 667.000,00		
01/07/97	31/07/97	30	667.000,00	22.233,33	\$ 667.000,00		
01/08/97	31/08/97	30	727.000,00	24.233,33	\$ 727.000,00		
01/09/97	30/09/97	30	822.000,00	27.400,00	\$ 822.000,00		
01/10/97	31/10/97	30	810.000,00	27.000,00	\$ 810.000,00		
01/11/97	30/11/97	30	810.000,00	27.000,00	\$ 810.000,00		
01/12/97	31/12/97	30	810.000,00	27.000,00	\$ 810.000,00		
Total días		360			\$ 8.648.000,00	\$ 24.022,22	\$ 720.666,67
Año 1998							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/98	31/01/98	30	810.000,00	27.000,00	\$ 810.000,00		
01/02/98	28/02/98	30	810.000,00	27.000,00	\$ 810.000,00		
01/03/98	31/03/98	30	810.000,00	27.000,00	\$ 810.000,00		
01/04/98	30/04/98	30	810.000,00	27.000,00	\$ 810.000,00		
01/05/98	31/05/98	20	810.000,00	27.000,00	\$ 540.000,00		
Total días		140			\$ 3.780.000,00	\$ 27.000,00	\$ 810.000,00
Año 2000							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/08/00	31/08/00	30	260.100,00	8.670,00	\$ 260.100,00		
Total días		30			\$ 260.100,00	\$ 8.670,00	\$ 260.100,00
Año 2001							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/02/01	28/02/01	30	1.120.000,00	37.333,33	\$ 1.120.000,00		
01/03/01	31/03/01	30	1.049.000,00	34.966,67	\$ 1.049.000,00		
01/04/01	30/04/01	30	650.000,00	21.666,67	\$ 650.000,00		
01/05/01	31/05/01	30	650.000,00	21.666,67	\$ 650.000,00		
01/06/01	30/06/01	30	1.073.000,00	35.766,67	\$ 1.073.000,00		
01/07/01	31/07/01	30	286.000,00	9.533,33	\$ 286.000,00		
01/09/01	30/09/01	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/10/01	31/10/01	30	1.432.000,00	47.733,33	\$ 1.432.000,00		



**Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca**

01/11/01	30/11/01	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/12/01	31/12/01	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
Total días		300			\$ 9.260.000,00	\$ 30.866,67	\$ 926.000,00
Año 2002							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/02	31/01/02	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/02/02	28/02/02	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/03/02	31/03/02	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/04/02	30/04/02	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/05/02	31/05/02	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/06/02	30/06/02	30	1.390.000,00	46.333,33	\$ 1.390.000,00		
01/07/02	31/07/02	30	309.000,00	10.300,00	\$ 309.000,00		
01/08/02	31/08/02	30	312.000,00	10.400,00	\$ 312.000,00		
01/09/02	30/09/02	30	1.259.000,00	41.966,67	\$ 1.259.000,00		
01/10/02	31/10/02	30	1.262.000,00	42.066,67	\$ 1.262.000,00		
01/11/02	30/11/02	30	1.262.000,00	42.066,67	\$ 1.262.000,00		
01/12/02	31/12/02	30	950.000,00	31.666,67	\$ 950.000,00		
Total días		360			\$ 11.744.000,00	\$ 32.622,22	\$ 978.666,67
Año 2003							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/03	31/01/03	30	950.000,00	31.666,67	\$ 950.000,00		
01/02/03	28/02/03	30	1.082.800,00	36.093,33	\$ 1.082.800,00		
01/03/03	31/03/03	30	1.358.000,00	45.266,67	\$ 1.358.000,00		
01/04/03	30/04/03	30	1.282.000,00	42.733,33	\$ 1.282.000,00		
01/05/03	31/05/03	30	1.358.000,00	45.266,67	\$ 1.358.000,00		
01/06/03	30/06/03	30	1.282.000,00	42.733,33	\$ 1.282.000,00		
01/07/03	31/07/03	30	332.000,00	11.066,67	\$ 332.000,00		
01/08/03	31/08/03	30	490.000,00	16.333,33	\$ 490.000,00		
01/09/03	30/09/03	30	680.000,00	22.666,67	\$ 680.000,00		
01/10/03	31/10/03	30	707.000,00	23.566,67	\$ 707.000,00		
01/11/03	30/11/03	30	734.000,00	24.466,67	\$ 734.000,00		
01/12/03	31/12/03	13	734.000,00	24.466,67	\$ 318.066,67		
Total días		343			\$ 10.573.866,67	\$ 30.827,60	\$ 924.827,99
Año 2004							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/02/04	29/02/04	30	653.000,00	21.766,67	\$ 653.000,00		
01/03/04	31/03/04	30	707.000,00	23.566,67	\$ 707.000,00		
01/04/04	30/04/04	30	680.000,00	22.666,67	\$ 680.000,00		
01/05/04	31/05/04	30	653.000,00	21.766,67	\$ 653.000,00		
01/06/04	30/06/04	30	734.000,00	24.466,67	\$ 734.000,00		
01/08/04	31/08/04	10	245.000,00	8.166,67	\$ 81.666,67		
01/09/04	30/09/04	30	358.000,00	11.933,33	\$ 358.000,00		
01/10/04	31/10/04	30	408.000,00	13.600,00	\$ 408.000,00		
01/11/04	30/11/04	30	358.000,00	11.933,33	\$ 358.000,00		
01/12/04	31/12/04	30	358.000,00	11.933,33	\$ 358.000,00		
Total días		280			\$ 4.990.666,67	\$ 17.823,81	\$ 534.714,29
Año 2005							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/02/05	28/02/05	30	710.000,00	23.666,67	\$ 710.000,00		
01/03/05	31/03/05	30	799.000,00	26.633,33	\$ 799.000,00		
01/04/05	30/04/05	30	799.000,00	26.633,33	\$ 799.000,00		
01/05/05	31/05/05	30	799.000,00	26.633,33	\$ 799.000,00		
01/06/05	30/06/05	13	799.000,00	26.633,33	\$ 346.233,33		
01/07/05	31/07/05	5	799.000,00	26.633,33	\$ 133.166,67		
01/08/05	31/08/05	30	414.000,00	13.800,00	\$ 414.000,00		
01/09/05	30/09/05	30	381.500,00	12.716,67	\$ 381.500,00		
01/10/05	31/10/05	30	381.500,00	12.716,67	\$ 381.500,00		
01/11/05	30/11/05	30	414.000,00	13.800,00	\$ 414.000,00		
01/12/05	31/12/05	15	414.000,00	13.800,00	\$ 207.000,00		
Total días		273			\$ 5.384.400,00	\$ 19.723,08	\$ 591.692,31
Año 2006							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

01/03/06	31/03/06	30	913.000,00	30.433,33	\$ 913.000,00		
01/04/06	30/04/06	30	1.365.000,00	45.500,00	\$ 1.365.000,00		
01/05/06	31/05/06	30	1.101.000,00	36.700,00	\$ 1.101.000,00		
01/06/06	30/06/06	30	837.000,00	27.900,00	\$ 837.000,00		
01/08/06	31/08/06	30	529.000,00	17.633,33	\$ 529.000,00		
01/09/06	30/09/06	30	898.000,00	29.933,33	\$ 898.000,00		
01/10/06	31/10/06	30	859.000,00	28.633,33	\$ 859.000,00		
01/11/06	30/11/06	30	816.000,00	27.200,00	\$ 816.000,00		
01/12/06	31/12/06	30	996.000,00	33.200,00	\$ 996.000,00		
Total días		270			\$ 8.314.000,00	\$ 30.792,59	\$ 923.777,78
Año 2007							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/07	31/01/07	14	433.700,00	14.456,67	\$ 202.393,33		
01/02/07	28/02/07	30	503.392,00	16.779,73	\$ 503.392,00		
01/03/07	31/03/07	30	924.000,00	30.800,00	\$ 924.000,00		
01/04/07	30/04/07	30	944.000,00	31.466,67	\$ 944.000,00		
01/05/07	31/05/07	30	868.000,00	28.933,33	\$ 868.000,00		
01/06/07	30/06/07	30	883.000,00	29.433,33	\$ 883.000,00		
01/07/07	31/07/07	30	434.000,00	14.466,67	\$ 434.000,00		
01/08/07	30/08/07	30	434.000,00	14.466,67	\$ 434.000,00		
01/09/07	30/09/07	30	434.000,00	14.466,67	\$ 434.000,00		
01/10/07	31/10/07	30	434.000,00	14.466,67	\$ 434.000,00		
01/11/07	30/11/07	30	434.000,00	14.466,67	\$ 434.000,00		
01/12/07	31/12/07	15	217.000,00	7.233,33	\$ 108.500,00		
Total días		329			\$ 6.603.285,33	\$ 20.070,78	\$ 602.123,28
Año 2008							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/08	31/01/08	14	461.500,00	15.383,33	\$ 215.366,67		
01/03/08	31/03/08	30	731.000,00	24.366,67	\$ 731.000,00		
01/04/08	30/04/08	30	647.000,00	21.566,67	\$ 647.000,00		
01/05/08	31/05/08	30	809.000,00	26.966,67	\$ 809.000,00		
01/06/08	30/06/08	15	323.000,00	10.766,67	\$ 161.500,00		
01/07/08	31/07/08	10	154.000,00	5.133,33	\$ 51.333,33		
01/08/08	31/08/08	30	461.500,00	15.383,33	\$ 461.500,00		
01/09/08	30/09/08	30	461.500,00	15.383,33	\$ 461.500,00		
01/10/08	31/10/08	30	461.500,00	15.383,33	\$ 461.500,00		
01/11/08	30/11/08	30	461.500,00	15.383,33	\$ 461.500,00		
01/12/08	31/12/08	17	262.000,00	8.733,33	\$ 148.466,67		
Total días		266			\$ 4.609.666,67	\$ 17.329,57	\$ 519.887,22
Año 2009							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/09	31/01/09	5	83.000,00	2.766,67	\$ 13.833,33		
01/02/09	28/02/09	30	497.000,00	16.566,67	\$ 497.000,00		
01/03/09	31/03/09	30	497.000,00	16.566,67	\$ 497.000,00		
01/04/09	30/04/09	30	497.000,00	16.566,67	\$ 497.000,00		
01/05/09	31/05/09	30	497.000,00	16.566,67	\$ 497.000,00		
01/06/09	30/06/09	22	364.000,00	12.133,33	\$ 266.933,33		
01/07/09	31/07/09	13	215.000,00	7.166,67	\$ 93.166,67		
01/08/09	31/08/09	30	497.000,00	16.566,67	\$ 497.000,00		
01/09/09	30/09/09	30	497.000,00	16.566,67	\$ 497.000,00		
01/10/09	31/10/09	30	497.000,00	16.566,67	\$ 497.000,00		
01/11/09	30/11/09	30	497.000,00	16.566,67	\$ 497.000,00		
01/12/09	31/12/09	18	298.000,00	9.933,33	\$ 178.800,00		
Total días		298			\$ 4.528.733,33	\$ 15.197,09	\$ 455.912,75
Año 2010							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/10	31/01/10	5	86.000,00	2.866,67	\$ 14.333,33		
01/02/10	28/02/10	30	939.000,00	31.300,00	\$ 939.000,00		
01/03/10	31/03/10	30	1.030.000,00	34.333,33	\$ 1.030.000,00		
01/04/10	30/04/10	30	1.030.000,00	34.333,33	\$ 1.030.000,00		
01/05/10	31/05/10	30	1.030.000,00	34.333,33	\$ 1.030.000,00		
01/06/10	30/06/10	30	663.000,00	22.100,00	\$ 663.000,00		
01/07/10	31/07/10	10	298.000,00	9.933,33	\$ 99.333,33		
01/08/10	31/08/10	30	627.000,00	20.900,00	\$ 627.000,00		



Rama Judicial del Poder Público
 Consejo Superior de la Judicatura
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral
 Bogotá – Cundinamarca

01/09/10	30/09/10	30	1.030.000,00	34.333,33	\$ 1.030.000,00		
01/10/10	31/10/10	30	1.030.000,00	34.333,33	\$ 1.030.000,00		
01/11/10	30/11/10	30	1.030.000,00	34.333,33	\$ 1.030.000,00		
01/12/10	31/12/10	30	460.000,00	15.333,33	\$ 460.000,00		
Total días		315			\$ 8.982.666,67	\$ 28.516,40	\$ 855.492,06
Año 2011							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/11	31/01/11	7	125.000,00	4.166,67	\$ 29.166,67		
01/02/11	28/02/11	30	886.400,00	29.546,67	\$ 886.400,00		
01/03/11	31/03/11	30	1.114.000,00	37.133,33	\$ 1.114.000,00		
01/04/11	30/04/11	30	1.072.000,00	35.733,33	\$ 1.072.000,00		
01/05/11	31/05/11	30	1.114.000,00	37.133,33	\$ 1.114.000,00		
01/06/11	30/06/11	30	531.666,67	17.722,22	\$ 531.666,67		
01/07/11	31/07/11	10	179.000,00	5.966,67	\$ 59.666,67		
01/08/11	31/08/11	30	670.000,00	22.333,33	\$ 670.000,00		
01/09/11	30/09/11	30	1.072.000,00	35.733,33	\$ 1.072.000,00		
01/10/11	31/10/11	30	1.072.000,00	35.733,33	\$ 1.072.000,00		
01/11/11	30/11/11	30	1.072.000,00	35.733,33	\$ 1.072.000,00		
01/12/11	31/12/11	30	410.266,67	13.675,56	\$ 410.266,67		
Total días		317			\$ 9.103.166,67	\$ 28.716,61	\$ 861.498,42
Año 2012							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/12	31/01/12	30	511.233,33	17.041,11	\$ 511.233,33		
01/02/12	29/02/12	30	582.741,67	19.424,72	\$ 582.741,67		
01/03/12	31/03/12	30	1.134.000,00	37.800,00	\$ 1.134.000,00		
01/04/12	30/04/12	30	1.145.000,00	38.166,67	\$ 1.145.000,00		
01/05/12	31/05/12	30	1.145.000,00	38.166,67	\$ 1.145.000,00		
01/06/12	30/06/12	30	819.000,00	27.300,00	\$ 819.000,00		
01/07/12	31/07/12	15	153.933,33	5.131,11	\$ 76.966,67		
01/08/12	31/08/12	30	747.000,00	24.900,00	\$ 747.000,00		
01/09/12	30/09/12	30	1.198.000,00	39.933,33	\$ 1.198.000,00		
01/10/12	31/10/12	30	1.303.000,00	43.433,33	\$ 1.303.000,00		
01/11/12	30/11/12	30	1.251.000,00	41.700,00	\$ 1.251.000,00		
01/12/12	31/12/12	21	757.857,14	25.261,90	\$ 530.500,00		
Total días		336			\$ 10.443.441,67	\$ 31.081,67	\$ 932.450,15
Año 2013							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/13	31/01/13	3	110.000,00	3.666,67	\$ 11.000,00		
01/02/13	28/02/13	30	851.500,00	28.383,33	\$ 851.500,00		
01/03/13	31/03/13	30	1.179.000,00	39.300,00	\$ 1.179.000,00		
01/04/13	30/04/13	30	1.179.000,00	39.300,00	\$ 1.179.000,00		
01/05/13	31/05/13	30	1.179.000,00	39.300,00	\$ 1.179.000,00		
01/06/13	30/06/13	28	565.461,29	18.848,71	\$ 527.763,87		
01/07/13	31/07/13	12	236.000,00	7.866,67	\$ 94.400,00		
01/08/13	31/08/13	30	589.500,00	19.650,00	\$ 589.500,00		
01/09/13	30/09/13	30	589.500,00	19.650,00	\$ 589.500,00		
01/10/13	31/10/13	30	589.500,00	19.650,00	\$ 589.500,00		
01/11/13	30/11/13	30	589.500,00	19.650,00	\$ 589.500,00		
01/12/13	31/12/13	16	314.000,00	10.466,67	\$ 167.466,67		
Total días		299			\$ 7.547.130,53	\$ 25.241,24	\$ 757.237,18
Año 2014							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/14	31/01/14	4	120.000,00	4.000,00	\$ 16.000,00		
01/02/14	28/02/14	30	917.840,00	30.594,67	\$ 917.840,00		
01/03/14	31/03/14	30	1.232.000,00	41.066,67	\$ 1.232.000,00		
01/04/14	30/04/14	30	1.232.000,00	41.066,67	\$ 1.232.000,00		
01/05/14	31/05/14	30	1.232.000,00	41.066,67	\$ 1.232.000,00		
01/06/14	30/06/14	27	865.111,11	28.837,04	\$ 778.600,00		
01/08/14	31/08/14	30	616.000,00	20.533,33	\$ 616.000,00		
01/09/14	30/09/14	2	618.000,00	20.600,00	\$ 41.200,00		
Total días		183			\$ 6.065.640,00	\$ 33.145,57	\$ 994.367,21

Cálculo Toda la vida Laboral



Rama Judicial del Poder Público
 Consejo Superior de la Judicatura
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral
 Bogotá – Cundinamarca

AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual	
1973	92	0,225	113,98	507,234	\$ 1.770,00	\$ 897.803,87	\$ 2.753.265,21	
1974	365	0,279	113,98	408,784	\$ 1.770,00	\$ 723.548,14	\$ 8.803.169,07	
1975	296	0,352	113,98	323,533	\$ 2.430,00	\$ 786.184,67	\$ 7.757.022,10	
1981	305	1,289	113,98	88,407	\$ 14.610,00	\$ 1.291.627,45	\$ 13.131.545,74	
1982	323	1,630	113,98	69,910	\$ 15.139,03	\$ 1.058.364,43	\$ 11.395.057,00	
1983	304	2,022	113,98	56,365	\$ 22.966,12	\$ 1.294.483,97	\$ 13.117.437,59	
1984	304	2,359	113,98	48,325	\$ 30.300,00	\$ 1.464.248,22	\$ 14.837.715,27	
1985	365	2,790	113,98	40,855	\$ 27.920,00	\$ 1.140.677,66	\$ 13.878.244,86	
1986	292	3,416	113,98	33,365	\$ 37.781,28	\$ 1.260.559,58	\$ 12.269.446,53	
1987	325	4,132	113,98	27,586	\$ 49.961,50	\$ 1.378.250,95	\$ 14.931.051,97	
1988	335	5,124	113,98	22,243	\$ 61.068,63	\$ 1.358.355,58	\$ 15.168.303,96	
1989	334	6,566	113,98	17,361	\$ 78.031,80	\$ 1.354.674,82	\$ 15.082.046,38	
1990	326	8,281	113,98	13,765	\$ 97.815,09	\$ 1.346.403,77	\$ 14.630.920,98	
1991	334	10,961	113,98	10,399	\$ 127.225,33	\$ 1.323.003,49	\$ 14.729.438,91	
1992	325	13,901	113,98	8,199	\$ 169.032,83	\$ 1.385.982,76	\$ 15.014.813,29	
1993	331	17,395	113,98	6,553	\$ 221.084,32	\$ 1.448.672,03	\$ 15.983.681,40	
1994	290	21,328	113,98	5,344	\$ 319.440,09	\$ 1.707.194,25	\$ 16.502.877,77	
1995	300	26,147	113,98	4,359	\$ 438.398,20	\$ 1.911.113,79	\$ 19.111.137,88	
1996	360	31,237	113,98	3,649	\$ 539.537,50	\$ 1.968.744,59	\$ 23.624.935,03	
1997	360	37,997	113,98	3,000	\$ 720.666,67	\$ 2.161.867,46	\$ 25.942.409,53	
1998	140	44,716	113,98	2,549	\$ 810.000,00	\$ 2.064.721,49	\$ 9.635.366,95	
2000	30	57,002	113,98	2,000	\$ 260.100,00	\$ 520.098,82	\$ 520.098,82	
2001	300	61,989	113,98	1,839	\$ 926.000,00	\$ 1.702.685,77	\$ 17.026.857,66	
2002	360	66,729	113,98	1,708	\$ 978.666,67	\$ 1.671.702,48	\$ 20.060.429,76	
2003	343	71,395	113,98	1,597	\$ 924.827,99	\$ 1.476.490,67	\$ 16.881.210,03	
2004	280	76,029	113,98	1,499	\$ 534.714,29	\$ 801.641,34	\$ 7.481.985,82	
2005	273	80,209	113,98	1,421	\$ 591.692,31	\$ 840.837,32	\$ 7.651.619,58	
2006	270	84,103	113,98	1,355	\$ 923.777,78	\$ 1.251.972,61	\$ 11.267.753,45	
2007	329	87,869	113,98	1,297	\$ 602.123,28	\$ 781.066,94	\$ 8.565.700,81	
2008	266	92,872	113,98	1,227	\$ 519.887,22	\$ 638.059,80	\$ 5.657.463,58	
2009	298	100,000	113,98	1,140	\$ 455.912,75	\$ 519.660,94	\$ 5.161.965,37	
2010	315	102,002	113,98	1,117	\$ 855.492,06	\$ 955.974,82	\$ 10.037.735,61	
2011	317	105,237	113,98	1,083	\$ 861.498,42	\$ 933.096,11	\$ 9.859.715,58	
2012	336	109,157	113,98	1,044	\$ 932.450,15	\$ 973.667,73	\$ 10.905.078,61	
2013	299	111,816	113,98	1,019	\$ 757.237,18	\$ 771.911,04	\$ 7.693.379,99	
2014	183	113,983	113,98	1,000	\$ 994.367,21	\$ 994.367,21	\$ 6.065.640,00	
Total días	10605	Total devengado actualizado a:				2014	\$ 443.136.522,12	
Total semanas	1515,00	Ingreso Base Liquidación				\$ 1.253.568,66		
Total Años	29,26	Porcentaje aplicado				90%		
						Primera mesada	\$ 1.128.211,80	
						Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	2014	\$ 616.000,00

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral								
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual	
2002	91	66,729	113,98	1,708	\$ 1.159.109,89	\$ 1.979.925,28	\$ 6.005.773,36	
2003	343	71,395	113,98	1,597	\$ 924.827,99	\$ 1.476.490,67	\$ 16.881.210,03	
2004	280	76,029	113,98	1,499	\$ 534.714,29	\$ 801.641,34	\$ 7.481.985,82	
2005	273	80,209	113,98	1,421	\$ 591.692,31	\$ 840.837,32	\$ 7.651.619,58	
2006	270	84,103	113,98	1,355	\$ 923.777,78	\$ 1.251.972,61	\$ 11.267.753,45	
2007	329	87,869	113,98	1,297	\$ 602.123,28	\$ 781.066,94	\$ 8.565.700,81	
2008	266	92,872	113,98	1,227	\$ 519.887,22	\$ 638.059,80	\$ 5.657.463,58	
2009	298	100,000	113,98	1,140	\$ 455.912,75	\$ 519.660,94	\$ 5.161.965,37	
2010	315	102,002	113,98	1,117	\$ 855.492,06	\$ 955.974,82	\$ 10.037.735,61	
2011	317	105,237	113,98	1,083	\$ 861.498,42	\$ 933.096,11	\$ 9.859.715,58	
2012	336	109,157	113,98	1,044	\$ 932.450,15	\$ 973.667,73	\$ 10.905.078,61	
2013	299	111,816	113,98	1,019	\$ 757.237,18	\$ 771.911,04	\$ 7.693.379,99	
2014	183	113,983	113,98	1,000	\$ 994.367,21	\$ 994.367,21	\$ 6.065.640,00	
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2014	\$ 113.235.021,80	
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación				\$ 943.625,18		
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado				90%		
						Primera mesada	\$ 849.262,66	
						Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	2014	\$ 616.000,00

Tabla Retroactivo Pensional



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
02/09/14	31/12/14	1,94%	\$ 1.128.212,00	4,97	\$ 5.603.452,9
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 1.169.505,00	13,00	\$ 15.203.565,0
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.248.680,00	13,00	\$ 16.232.840,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.320.479,00	13,00	\$ 17.166.227,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.374.486,59	13,00	\$ 17.868.325,7
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.418.195,26	13,00	\$ 18.436.538,4
01/01/20	30/09/20	3,80%	\$ 1.472.086,68	9,00	\$ 13.248.780,2
Total retroactivo					\$ 103.759.729,22

Tabla Liquidación	
Retroactivo pensional	\$ 103.759.729,2
Total	\$ 103.759.729,2

Fuente	Tabla del IPC - DANE., folios del proceso,
Observaciones	Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.

Fecha liquidación

miércoles, 28 de octubre de 2020

Recibe: _____



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ANA LEONOR VISCAINO ARDILA** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** Y EL **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 veintinueve (29) días del mes de octubre 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 **Felipe Alberto Granados Preciado** identificado con cedula de ciudadanía No. 1.018.418.797 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

222.106 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: La señora **ANA LEONOR VISCAINO ARDILA** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad e ineficacia del traslado del Régimen de Prime Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a la AFP Porvenir S.A., el 1° de marzo del 2000; en consecuencia, solicita se ordene a la AFP Porvenir S.A., a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos financieros y bonos pensionales; condenar a Colpensiones a realizar todas las gestiones administrativas encaminadas a anular el traslado de régimen pensional y a recibir a la accionante sin solución de continuidad; condenar a las demandas a lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas procesales. (fl. 3).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 y 4 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 10 de julio de 1954; que cotizó al otrora Instituto de los Seguros Sociales un total de 873 semanas; que el 1° de marzo del 2000, efectuó traslado de régimen pensional vinculándose con la AFP Porvenir S.A; que al momento de la afiliación, la AFP no le brindó la suficiente ilustración de las consecuencias del citado traslado; que ha cotizado al RAIS un total de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

973 semanas; que el 1° de febrero y 15 de marzo de 2019, elevó solicitudes de traslado ante Porvenir S.A., y Colpensiones respectivamente.

CONTESTACIÓN: la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que no hay lugar a declarar la anulación de la afiliación de la demandante, en tanto dicho acto jurídico cuenta con plena validez y legalidad, ello por cuanto no se probó al interior del proceso causal alguna de nulidad, llámese vicio en el consentimiento, fuerza o error, sumó a ello, que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado prevista en la Ley 797 de 2003, norma que busca proteger a la entidad de una eventual descapitalización. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la declaratoria de otras excepciones. (fl. 60 a 64).

A su turno, la sociedad accionada **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en el escrito demandatorio al considerar, en esencia, que no existen razones fácticas ni jurídicas que conduzcan a la declaratoria de la ineficacia o la nulidad de la afiliación, en tanto, al momento de la afiliación de la afiliada se le suministró la información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado, del mismo modo el acto jurídico cumplió con las exigencias que imponía la ley para dicho momento, sumó a ello, que la accionante contó con varias oportunidades para retornar al RPM. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fl. 89 a 107).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DECISIÓN

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 1° de septiembre de 2020, resolvió **declarar** ineficaz el traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; **condenar** a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de pensiones –Colpensiones la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causado sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, **condenar** a Colpensiones aceptar el traslado y contabilizar las semanas cotizadas por la demandante, **declarar** no probados los medios exceptivos formulados, y **condenar** en costas a Porvenir S.A. (fl. Cd. 216).

Lo anterior por considerar el *a quo* que en este tipo de casos lo que debe analizarse es si se está o no en presencia de la ineficacia de la afiliación, y luego de acudir al criterio sentado y pacífico del Órgano de cierre en materia laboral, estableció que el deber de información para las AFP surge desde la expedición del Decreto 663 de 1993, para luego constituirse en un deber de información y buen concejo, mismo que no se acreditó en el devenir del proceso ni aun así del formulario de afiliación que fue allegado al informativo, aspectos que le impidieron a la afiliada efectuar una elección libre y voluntaria, ineficacia que deviene indistintamente si la accionante era o no beneficiaria del régimen de transición.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte sociedad demandada **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, elevó recurso de apelación contra la anterior determinación, en el que afirma como motivos de disidencia, que el traslado de régimen pensional de la demandante obedeció a una decisión libre, voluntaria y libre de presiones conforme lo establece la ley, por ende, no resulta aplicable imponer presupuestos ni cargas



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

adicionales a la AFP inexistentes para la fecha de afiliación de la actora; adicionalmente, al interior del proceso no se probó la existencia de un perjuicio cierto que permita el estudio de la ineficacia pretendida. Por último, señaló que, en lo atinente a la devolución de gastos de administración, es claro que los mismos tampoco proceden, en tanto aquellos se encuentran previstos en la Ley 100 de 1993 y se utilizaron para el fin para el cual fueron creados.

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 guardó silencio.

Parte demandada: En la oportunidad procesal otorgada, la sociedad **Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, allegó escrito de alegaciones de conclusión, en el que solicita la revocatoria de la sentencia apelada, en tanto, el traslado de régimen por parte de la demandante se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, señala, que el *a quo* no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional de la demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, suma a lo precedente, que no resulta viable la condena impuesta por concepto de devolución de gastos de administración, en tanto los mismos tiene su fundamento en la Ley 100 de 1993 y cumplieron el fin para el cual fueron destinados,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Por su parte, la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, recorrió el traslado para alegar de conclusión, en la que solicita la revocatoria de la sentencia impugnada, al considerar que no existe razón alguna para que se hubiese declarado la nulidad de la afiliación a la A.F.P Porvenir S.A. de la parte demandante, por cuanto dicho acto jurídico goza de plena validez y legalidad puesto que no se probó por parte de la accionante alguna de las causales de nulidad o vicios de consentimiento tales como error, fuerza o dolo, suma a lo anterior, que la actora se encuentra en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, lo que le impide retornar al RPM.

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 folio 16 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, en estricta consonancia con los reparos invocados por la demandada Porvenir S.A., en el recurso de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

apelación, y 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*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por ANA LEONOR VISCAINO ARDILA al régimen de ahorro individual administrado por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

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 demandante (fl. 11); historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 12 a 14); certificación emitida por Colpensiones (fl. 15); reclamación administrativa (fl. 16 y 17); petición radicada ante Porvenir S.A. (fl. 18 y 189); historia laboral emitida por Porvenir S.A. (fl. 19 a 33 y 170 a 185); simulación pensional emitida por Porvenir S.A. (fl. 34 a 37); expediente administrativo (fl. 65); reporte Siafp emitido por Asofondos (fl. 110 y 111); certificación emitida por Porvenir S.A. (fl. 112); relación histórica de movimientos emitido por Porvenir S.A. (fl. 113 a 152); relación de aportes emitido por Porvenir S.A. (fl. 153 a 169); comunicados de prensa (fl. 186 a 188); respuesta emitida por Porvenir S.A. (fl. 191 a 194).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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»*.

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:



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 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).

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



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 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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.



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

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).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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» recalzó 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



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

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 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 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.*
- 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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:

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.° 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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

TEORIA DEL CASO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 16 de enero de 1979 tal como se advierte de la historia laboral que obra a folios 12 y 13 del informativo, para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 1° de marzo del 2000 (fl. 112). aspectos que se pueden confirmar con la información contenida en el reporte Siafp emitido por Asofondos y que reposa a folio 110 del expediente, fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada la demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; 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 por medio probatorio alguno.

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 el acto jurídico de traslado se dio «... entre el año 2000, 2003, más o menos a las 11.00 de la noche fue el asesor William, yo me encontraba sola en el servicio de recién nacidos, cuando él fue a decirnos, a decirnos mentiras porque para mí es una gran mentira, que él me dijo que Colpensiones se iba a terminar, que yo nunca iba a adquirir una pensión, entonces pues lógico yo me asuste y relativamente como se había escuchado por noticias que se iba a terminar el Seguro, pues yo creí en la palabra que él me dijo y me veo ahora en el grave problema en que resulte afiliada a Porvenir». (Cd. Fl. 216).



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 Porvenir S.A., que a todas luces demuestra una inducción al error respecto a la actora, 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 sociedad Fondo de Pensiones y Cesantías 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 a la afiliada 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

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.

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la demandante y se condenó a la devolución de descuentos atinentes a los gatos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de la demandada Porvenir S.A., al considerar que no era procedente la condena impuesta por dicho concepto.

Para resolver, se tiene que acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

«De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.»

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.»



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubren a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones»

En tal virtud, no le asiste razón a la apelante al censurar la condena por concepto de devolución de los gastos de administración y demás, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la nulidad o ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que surge el deber, para las AFP, de reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones causadas, en consecuencia, se confirmará la decisión adoptada en primera instancia sobre este aspecto, debido a que se encuentra ajustada a derecho.

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.

Por lo expuesto, se confirmará la decisión adoptada en primera instancia, debido a que se encuentra ajustada a derecho.



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 se impone costas a cargo de la única apelante sociedad Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000.

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 Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 1° de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ANA LEONOR VISCAINO ARDILA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

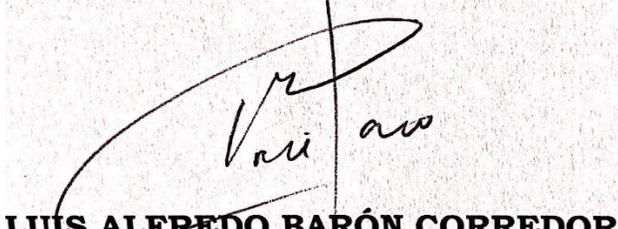
SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la única apelante sociedad Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000.

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-



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

ACLARACIÓN DE VOTO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ANA LEONOR VISCAINO
ARDILA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES Y EL FONDO DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. (RAD. 26201900349 01)**

M.P. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones que adopta la mayoría de la Sala, me permito aclarar el voto dentro del asunto de la referencia, precisando que si bien es cierto, en la demanda se solicitó la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS y que en la ponencia que acompaña se habla indistintamente de nulidad y/o ineficacia como si se tratara de la misma figura jurídica, no es menos cierto que, el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, criterio que se acompasa con lo expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ÁLVARO VALENCIA BOTERO** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS** Y EL **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de octubre 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 Mates Cifuentes** identificada con cedula de ciudadanía No. 37.627.008 de Puente Nacional 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. 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

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 **ÁLVARO VALENCIA BOTERO** a través de apoderada judicial, pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del Régimen de Prime Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó ante la AFP Colfondos S.A., en el mes de mayo de 1995, así como los traslados entre AFP que se dieron con posterioridad a aquella; en consecuencia, solicita se condene al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos; lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas procesales. (fl. 26 y 27).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 27 y 28 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 28 de enero de 1962; que inició su vida laboral cotizando al Instituto de los Seguros Sociales el 26 de julio de 1985; que cotizó en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida un total de 276,57 semanas; que en el mes de mayo de 1995 suscribió formulario de afiliación con la AFP Colfondos S.A; que el momento del traslado no recibió ningún tipo de asesoría por parte de los asesores de fondo privado; que no se le brindó asesoría frente a las consecuencias, ventajas y desventajas de trasladarse de régimen pensional; que en el año 2002, se trasladó a la AFP Protección



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

S.A; que ha cotizado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad un total de 623 semanas; que el 13 de julio de 2018, recibió una simulación pensional por parte de Protección S.A; que el 29 de abril de 2019 radicó petición ante Copensiones en la que solicitó la afiliación al RPM, pretensión que le fue negada el 6 de mayo de la misma anualidad.

CONTESTACIÓN: la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a toda y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que no se probó por parte del demandante la existencia de alguna causal de nulidad que invalide el acto jurídico de traslado, sumó a ello, que el actor se encuentra inmerso en la prohibición de traslado contenido en la Ley 797 de 2003. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la declaratoria de otras excepciones. (fl. 59 a 62).

A su turno, la accionada **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar que la afiliación del demandante se dio de forma libre y voluntaria, sujeta a las previsiones normativas que regulaban la materia para la época en que se celebró el negocio jurídico, añadió que al actor se le brindó toda la información necesaria a efectos que tomara la decisión de afiliarse a la APF, por lo que no se configura vicio alguno que decante en la declaratoria de una nulidad o ineficacia del traslado. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los de 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 provisional cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 de administración cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la innominada o genérica. (fl. 106 a 116).

Por último, la demandada **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS** al descorrer el traslado de la demanda manifestó su allanamiento al escrito inaugural. (fl. 137).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 31 de agosto de 2020, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Colfondos S.A; **declarar** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que siempre permaneció vinculado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; **condenar** a la sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del actor por concepto de cotizaciones y rendimientos sin lugar a descuento alguno; condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones a recibir todos los valores trasladados por parte de Protección S.A. (fl. Cd. 177).

Lo anterior por considerar el A quo que en el presente asunto se demostró que la APF incumplió con su deber legal de suministrar la información profesional, clara y pertinente de las consecuencias propias del traslado de régimen pensional, impactando así el derecho a la pensión de la demandante, el cual lo que busca es brindar una vida en condiciones dignas luego de largos años de trabajo, sumó a ello, que la línea jurisprudencial emanada de la Corte Suprema de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Justicia, es perfectamente aplicable al caso bajo estudio, pues fue este órgano de cierre, quien tuvo que instituir los parámetros específicos de operabilidad propios de los cambios de régimen, pues a falta de pedagogía, la Alta corporación, intervino en procura de la salvaguardia del derecho fundamental a la seguridad social.

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.

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: En la oportunidad procesal otorgada, la parte accionante allegó escrito de alegaciones de conclusión, en el que peticiona la confirmación de la sentencia apelada, al considerar, en esencia que se logró probar dentro del proceso que la demandada Colfondos S.A., incumplió con el deber de información que debía acatar con antelación a la suscripción del formulario de afiliación al RAIS para que el accionante tomará una decisión informada, suma a lo anterior, que no es dable acoger el planteamiento expuesto por la pasiva tendiente a validar la afiliación con las reasesorías que se presentaron con posterioridad al citado traslado, ya que no cumplieron con el requisito de asesoría integral.

Parte demandada: A su turno, la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones**, describió el traslado para alegar de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

conclusión, oportunidad en el que solicitó la revocatoria de la sentencia apelada, al considerar, que no resulta procedente la declaratoria de la nulidad alegada, en tanto al interior del proceso obran pruebas documentales que dan fe que la decisión de la demandante de trasladarse de régimen pensional de tomó de forma libre y voluntaria, sin presión alguna y con el cumplimiento de las previsiones normativas que regulaban la materia en ese momento, suma a lo anterior, que no se probó vicio alguno en el consentimiento que decante en la nulidad del acto jurídico. Por último, señala que de accederse a las pretensiones de la demanda se pone en riesgo el principio de la sostenibilidad financiera del sistema.

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 17 a 21 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 el grado jurisdiccional de consulta a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad de la afiliación realizada por ÁLVARO VALENCIA BOTERO al régimen de ahorro individual administrado por el COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

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, cédula de ciudadanía del demandante (fl. 2); historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 4 a 6); historia laboral emitida por Protección S.A. (fl. 7 a 14, 89 a 94 y 141 a 150); resultados de asesoría general (fl. 16); reclamación administrativa (fl. 17); respuesta emitida por Colpensiones (fl. 18 a 21); expediente administrativo (fl. 67); formulario de afiliación emitido por Protección S.A. (fl. 79); resumen de historia laboral (fl. 80 y 81); reporte de estado de cuenta emitido por Protección S.A. (fl. 83 a 87); reporte Siafp emitido por Asofondos (fl. 88); asesoría pensional emitida por Protección S.A. (fl. 95 a 99) políticas de asesorar para vincular personas naturales (fl. 100 a 103); comunicados de prensa (fl. 104 y 105); bono pensional emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 151 a 156).

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



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

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»*.

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 1°, Ley 100 de 1993) y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

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 realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

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 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.

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



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

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 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 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



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

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.*
- 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.

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



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

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

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 26 de julio de 1985 tal como se advierte de la historia laboral que obra a folios 4 y 5 del informativo, para luego trasladarse a la AFP Colfondos S.A., el 1° de junio de 1995 (fl. 88), seguido a ello, el 1° de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

junio de 2002, realizó un traslado horizontal entre fondos privados, esta vez para afiliarse a la AFP Protección S.A., aspectos que se pueden confirmar con la información contenida en el reporte Siafp emitido por Asofondos y que reposa a folio 88 del expediente, fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado el demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; 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 máxime cuando la demandada Colfondos S.A., se allanó a las aspiraciones de la demanda, sin que incorporara material probatorio alguno que desvirtuó lo manifestado por el actor.

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativo en afirmar que *«... en el año de más o menos 1995, se nos presentan en la compañía, más o menos lo que me acuerdo es que nos decían es que la situación del Seguro Social era una situación bastante compleja y que había que buscar una solución de pasarse a un fondo privado de pensiones y en su debido momento la pregunta que hicimos fue ¿bueno y esto que cambios tiene en el término de las pensiones nuestras? Se nos indicó que no había ningún cambio, por el contrario, posiblemente íbamos a tener una posibilidad de pensionarnos con anticipación y básicamente eso fue lo que ocurrió y pues entramos a Colfondos»*. (Cd. Fl. 177).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 Colfondos S.A., que a todas luces demuestra una inducción al error respecto al actor, 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 Colfondos S.A. incurrió en una falta al deber de información, el cual perjudica las condiciones pensionales del 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.

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



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

consentimiento del afiliado, el cual decanta en la anulación del acto jurídico del traslado.

Ahora bien, sea pertinente advertir que pese a que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la demandante, no se condenó a la devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste, el cual conforme se dejó sentado en precedencia y acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

«De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones»

En tal virtud, la Sala considera preciso, en atención al grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones, modificar el numeral segundo de la sentencia consultada, en el entendido de ordenar a la AFP PROTECCIÓN 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 del demandante, dada la ineficacia del mismo, en lo demás, se confirmará la decisión adoptada en primera instancia, debido a que se encuentra ajustada a derecho.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia sin lugar a su imposición dado que el conocimiento del presente asunto se asumió en 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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 31 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ÁLVARO VALENCIA BOTERO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS** y el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, en el entendido de ordenar a la AFP **PROTECCIÓN 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, dada la ineficacia del mismo, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión..

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia sin lugar a su imposición dado que el conocimiento del presente asunto se asumió en el grado jurisdiccional de consulta.

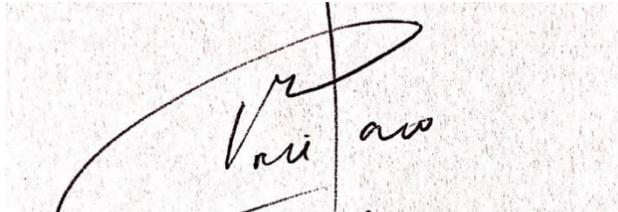
Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO 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-



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

ACLARACIÓN DE VOTO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ÁLVARO VALENCIA BOTERO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS Y EL
FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. (RAD.
29201900369 01)**

M.P. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones que adopta la mayoría de la Sala, me permito aclarar el voto dentro del asunto de la referencia, precisando que si bien es cierto, en la demanda se solicitó la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS y que en la ponencia que acompañe se habla indistintamente de nulidad y/o ineficacia como si se tratara de la misma figura jurídica, no es menos cierto que, el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, criterio que se acompaña con lo expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **GUSTAVO ADOLFO BELL LEMUS** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. Y 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 veintinueve (29) días del mes de octubre 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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **GUSTAVO ADOLFO BELL LEMUS** a través de apoderado judicial, persigue la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantada en abril de 1998 y, aquella efectuada a OLD MUTUAL S.A.; como consecuencia, se condene a COLPENSIONES a recibirlo como afiliado cotizante, debiendo OLD MUTUAL S.A. liberarlo de sus bases de datos y devolver a esa entidad todos los valores que hubiere recibido con ocasión a la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con sus frutos e intereses, rendimientos, junto con las costas procesales (folios 8 y 9 del archivo “ORDINARIO 2018-748.pdf” – Exp. Digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 6 a 8 de las diligencias², que en síntesis advierten que nació el 1º de febrero de 1957 y el 28 de septiembre de 1979 se afilió al Instituto de Seguros Sociales- I.S.S., donde permaneció hasta el 1º de abril del 1998, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR S.A. por la indicación de liquidación del Instituto de Seguros Sociales, el ofrecimiento de pensión a menor edad, con un monto superior al del régimen de prima media. Indica que se trasladó a OLD MUTUAL S.A., el 1 de diciembre de 2009, entidad que omitió información sobre el monto de capital requerido para tener una renta vitalicia o un retiro programado, sintetizando que en el RAIS no se le asesoró sobre las consecuencias que conllevaría el traslado, los beneficios y diferencias existentes entre los dos regímenes, al punto que no le remitieron comunicado para los días de vencimiento del plazo para tomar la mejor decisión pensional. Señala que desde un punto de vista cuantitativo se

² Conforme archivo “01. Ordinario 2018-748.pdf” – Exp. Digital.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

evidencia una disminución representativa del monto de la mesada pensional ofrecida por SKANDIA S.A en comparación con la proyectada por COLPENSIONES. Concluye manifestando que diligenció formulario de traslado a COLPENSIONES, el cual fue rechazado a través de oficio del 16 de noviembre de 2018; así como el 14 de símil mes y año presentó reclamación de nulidad ante OLD MUTUAL, la cual fue zanjada desfavorablemente en misiva del 5 de diciembre de 2018.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, manifestó su oposición a las pretensiones incoadas señalando que no se le debe endilgar responsabilidad alguna por actos ajenos. Así mismo, resalta que el accionante se encuentra sumido en una prohibición legal para trasladarse de régimen, por estar próximo a adquirir el derecho pensional y no estar cobijado por el régimen de transición. Que no se aportó material probatorio que sustentara la afirmación sobre el engaño perpetrado por la convocada a juicio. **Excepciones:** elevó como medios exceptivos los denominados validez de la afiliación al régimen de ahorro individual; buena fe de COLPENSIONES; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; inexistencia del derecho reclamado; compensación; prescripción y las que se prueben en el curso del litigio (folio 104 a 121).

A su turno, la convocada **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A** adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al puntualizar que el *petente* no especificó ni probó acción fraudulenta u omisiva por parte de esa administradora; que la afiliación fue un negocio jurídico válido y eficaz y, conforme al artículo 1750 del Código Civil, la declaración de nulidad de dicho acto jurídico estaría actualmente prescrita, por superar el plazo de cuatro años previsto en dicho precepto y el de tres años establecido en el artículo 151 CPT y SS. **Excepciones:** elevó como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación, falta



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrada por OLD MUTUAL S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado; compensación y pago, y las que se demuestren en el asunto, folios 128 a 146.

Mediante proveído del 22 de agosto de 2019, el Juzgado de conocimiento dispuso integrar al proceso como **LITIS CONSORTE NECESARIO** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, quien en el término procesal correspondiente dio contestación a la demanda, oponiéndose al *petitum demandatorio*, argumentando que al suscribir la solicitud de vinculación, el demandante manifestó libre y conscientemente su voluntad de trasladarse de régimen, a su vez, aceptó las implicaciones y efectos de la movilidad solicitada. Agrega que el accionar del demandante en las últimas dos décadas, ratifican su deseo de pertenecer al régimen ahorro individual con solidaridad. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y las que se demuestren, folios 272 a 300.

DECISIÓN

Luego de surtido el debate probatorio, el Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 23 de septiembre de 2020, resolvió **declarar no probadas** las excepciones propuestas; **declarar** la ineficacia del traslado realizado por el demandante a través de PORVENIR S.A., así como su posterior traslado a SKANDIA S.A.; **condenar** a PORVENIR S.A. que traslade a COLPENSIONES las sumas que haya descontado por concepto de gastos de administración y seguro previsional de los aportes



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

efectuados; **condenar** a SKANDIA S.A que traslade a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos, gastos de administración y seguros previsionales; **ordenar** a COLPENSIONES a recibir al demandante GUSTAVO ADOLFO BELL LEMUS como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba antes del traslado y, **condenar en costas** a Porvenir S.A. (archivo de audio y video N.10 – *expediente digital*).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que se quebrantó el principio de buena fe por parte de la AFP PORVENIR S.A al no brindar información clara, precisa, concisa y detallada, sobre cada uno de los regímenes pensionales junto con las posibles contingencias. Determina que no se vislumbra por las convocadas a juicio prueba alguna que demuestre el cumplimiento al deber de asesoramiento y, respecto a la excepción de prescripción, que la exigibilidad judicial del derecho pensional es imprescriptible y, por lo tanto, puede reclamarse en cualquier tiempo siempre que se llenen los requisitos legales establecidos.

RECURSO DE APELACIÓN

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** interpuso recurso de alzada contra la anterior **determinación**, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que la sentencia proferida junto con el precedente sentado por la Corte Suprema de Justicia afectan el principio de inescindibilidad de la norma, «*ya que para poder declarar la figura de la ineficacia toman de manera parcialidad y sesgada figuras del derecho*» confundiéndose las figuras jurídicas de ineficacia y nulidad, al darle a la figura de la ineficacia consecuencias propias de la nulidad; que se afecta el principio fundamental de confianza legítima, pues durante los últimos decenios



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

la entidad ha tenido como requisito indispensable para acreditar la validez del negocio jurídico, la suscripción del formulario de afiliación el cual no fue tachado de falso y cumple son las exigencias determinados por la norma; de igual forma se trasgrede el principio de sostenibilidad financiera. Acepta el recurrente el deber de información incorporado en la ley 100 de 1993, sin embargo señala que en *«ninguna parte estos elementos se establece que la inobservancia del deber de información trae como consecuencia la ineficacia»*, máxime, cuando no se logró probar la fuerza o dolo señalado en el artículo 271, que impidiera la libertad del afiliado, por lo que se impone una responsabilidad subjetiva. Alude que la consecuencia jurídica de la declaratoria de ineficacia de pleno derecho es la establecida en el artículo 271, que no es otra que la libertad del afiliado para pertenecer al régimen de su preferencia, sin embargo, en el fallo de instancia se está aplicando el principio de retroactividad, esto es *«volver las cosas a su estado original que son propios de las nulidades»*. Refuta la declaración de ineficacia del traslado cuestionando cual es el fundamento jurídico para ordenar el traslado de frutos financieros *«si se supone que nunca se crearon por tanto no se deben de restituir»*. En lo referente a la orden a la AFP PORVENIR de trasladar dineros y gastos de administración, señala el apelante que también se debió imponer esta carga al demandante de *«restituir los ejercicios financieros de los cuales se va a ver beneficiado en el régimen de prima media»* de no ser así se estaría propendiendo a un enriquecimiento sin causa por parte del demandante y de COLPENSIONES. Concluye haciendo énfasis sobre la condición del demandante, indicando que al momento del traslado el mismo ostentaba la calidad de vicepresidente electo de la Republica por lo que no es de recibo aludir la debilidad manifiesta frente a un asesor, además, que la carga dinámica de la prueba no opera de manera automática según lo establecido por la Corte Constitucional.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

A su turno, la **AFP SKANDIA S.A.** manifestó su inconformidad frente al fallo emitido en lo referente a la devolución de los gastos de administración y de los seguros previsionales, argumentando que conforme al artículo 104 de la ley 100 de 1993 “*se regula el cobro de las comisiones*” permitiéndosele al RAIS la administración de recursos, indica que la permanencia en el RAIS le permitió al demandante obtener utilidades económicas, por lo que el A QUO en razón a la ineficacia del traslado de régimen declarada, debió ordenar “*la devolución de los rendimientos de los cuales se ha beneficiado el demandante como quiera que de tener esas cotizaciones en el régimen de prima media no hubiese sido posible obtener rendimientos sobre esos dineros*”.

En el mismo sentido, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** presentó recurso de apelación exponiendo en síntesis que no existe sustento factico para imponer condena a COLPENSIONES toda vez que en el acto jurídico que se debate en el *sub lite* la entidad es un tercero ajeno al negocio celebrado entre la partes. Solicita la recurrente que no sea ordenado el traslado del accionante al régimen de prima media pues esta decisión afectaría el equilibrio financiero del sistema de seguridad social y pensiones, considerando que “*no lo tuvo en cuenta por más de 20 años para sus caculos pensionales, sus reservas presupuestales y mucho menos pues proyecciones financieras*”. Indica que los emolumentos financieros ordenados transferirse a COLPENSIONES no son suficientes para financiar la mesada pensional del accionante, conllevando inevitablemente a la descapitalización del sistema, pero en vista a que este no debe “*quedar en un limbo*” respecto a su derecho pensional, en base a la “*teoría del daño del derecho civil*”, solicita sea condenada la AFP PORVENIR S.A que fue quien causó el daño a pagar una mesada pensional equivalente “*en los mismos términos y condiciones que recibiría este si estuviese afiliado al régimen de prima media*” teniendo presente que COLPENSIONES se presenta en el proceso como un tercero de buena fe.



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 peticiona la confirmación del fallo de primera instancia, resaltando que *«la sociedad accionada NO desplegó una actividad probatoria contundente tendiente a llevar a su señoría a la convicción de que el señor **GUSTAVO ADOLFO BELL**, en el momento de adoptar la decisión del traslado de régimen, lo hizo en razón de contar con una información suficiente y oportuna, es decir, de un consentimiento informado...»*. , como lo exige el órgano de cierre de esta jurisdicción. (...) *la **AFP PORVENIR Y OLD MUTUAL HOY SKANDIA**, NO informó al señor **GUSTAVO ADOLFO BELL** que se encontraba a tiempo de tomar la decisión de pensionarse con el régimen más conveniente antes de cumplir los 52 años»*.

Parte demandada: La convocada **PORVENIR S.A.** solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, manifestando para el efecto que no se acreditó la existencia de vicios en el consentimiento para el momento del cambio del régimen, mí probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil. Precisa que al tenor del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la presencia de un acto atentatorio contra el libre derecho de elección da lugar a una multa administrativa y, si bien relata la ineficacia de la afiliación, no se aproxima a lo dispuesto por los artículos 1740 y siguientes, ni es viable imponer cargas distintas a las previstas en las leyes existentes para el momento de la movilidad. Concluye manifestando que *«no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otra valor está destinado a financiar la prestación del afiliado»*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Finalmente, la **administradora del régimen de prima media** indicó que el traslado inicial es válido y se realizó con la plena voluntad del cotizante, al firmar el formulario de traslado, y sin que en el transcurso del proceso demostrara la supuesta falta de información. Señaló que la determinación acarrea graves consecuencias para esa entidad, por ser tercero que no tuvo injerencia en la celebración del acto jurídico, generando un alto impacto en el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Pensiones y en la reserva presupuestal destinada para tal fin.

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, se advierte la realización en debida forma el 13 de noviembre de 2018, como consta a folio 31.

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 las apelantes, junto con el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 GUSTAVO ADOLFO BELL LEMUS al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A., junto con el reintegro a Colpensiones de los gastos de administración y seguros.

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, reclamaciones administrativas y su respuesta (fls.31 a 42, 214 a), formularios de vinculación (fls.43 y 218), reporte de semanas cotizadas e historia de cuenta individual (fls.44 a 53, 58 a 68, 205 a 207), proyección pensional (fls.54 a 57), copia del documento de identificación y Registro Civil de nacimiento del actor (fls.83 a 85), expediente administrativo obrante en la pasiva (fls.148 a 198, carpeta 02-exp. digital), e interrogatorio de parte absuelto por la demandante (video No. 08).

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»*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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 atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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:



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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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 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 perjudicarle
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 es 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 analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 28 de septiembre de 1979 (folio 205), para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 9 de mayo de 1998 (fls. 218). Seguido a ello, el 16 de septiembre de 2009 realizó un traslado horizontal dentro del mismo régimen, para en esta oportunidad afiliarse a la AFP SKANDIA hoy OLD MUTUAL S.A., folio 148; fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado y elevando cotizaciones al subsistema de seguridad social en pensiones (folios 44 a 56, 58 a 68); 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 y, en cumplimiento a la carga dinámica de la prueba prescrita en el artículo 167 del CGP que, a su vez, libera de tal deber a quien reseña negaciones indefinidas como la no entrega de datos en el acto genitor de traslado. Información que no se encuentra acreditada en el plenario, ni aun deviene del formulario de afiliación militante a folio 218.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la demandante, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativo en indicar la ausencia de asesoría por el representante de PORVENIR S.A.; quien únicamente le mencionó que el Instituto de Seguro Social se liquidaría, con la posible pérdida de las cotizaciones y, solo en ese fondo lograría una pensión en temprana edad y cuantía superior (audio No. 08 - 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 al accionante 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, o el cargo y profesión que desempeñaba; al ser su obligación suministrar la globalidad de datos al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 a la 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».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Ahora, atendiendo el reparo que elevó Porvenir S.A. y OLD MUTUAL S.A. respecto a la orden de devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, esta Sala de Decisión no evidencia falencia en la disposición de primer grado, 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...***

(...)» (Aparte resaltado de la Sala)

Motivo por el cual, se *itera*, se confirmará la determinación en lo relativo a la devolución íntegra de todas las sumas percibidas por los periodos de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

afiliación, por encontrarse lógica en la disposición judicial, pues el propósito final de la misma es lograr la equivalencia entre lo percibido por objeto de cotizaciones y el monto que debe recibir Colpensiones con ocasión del afiliado que retorna, el que, como se ha *iterado* en el curso de la presente decisión, debe tenerse como si nunca se hubiera movilizad

Se aclara que en lo demás, esta sentencia no 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.

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 lo estarán a cargo de los apelantes, por la ausencia de prosperidad en los reparos invocados. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$600.000 para cada una. 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 Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública celebrada el 23 de septiembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral seguido por **GUSTAVO ADOLFO BELL LEMUS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia lo estarán a cargo de los apelantes. Se fijan 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-



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

ACLARACIÓN DE VOTO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GILBERTO PUERTA PINEDA
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. (RAD. 32201800748 01)**

M.P. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones que adopta la mayoría de la Sala, me permito aclarar el voto dentro del asunto de la referencia, precisando que si bien es cierto, en la demanda se solicitó la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS y que en la ponencia que acompaña se habla indistintamente de nulidad y/o ineficacia como si se tratara de la misma figura jurídica, no es menos cierto que, el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, criterio que se acompasa con lo expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **NELSON CUESTA** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de octubre 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

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

cedula de ciudadanía No. 31.486.436 de Yumbo y tarjeta profesional 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.

En igual sentido, se reconoce personería adjetiva al Dr. **FREDY QUINTERO LÓPEZ** con c.c. 79.581.111 y T.P. 278.643 del CSJ, para que actúe en representación de la Sociedad **Porvenir S.A.**, al tenor de Escritura Publica No. 0275 de 2020 adosada electrónicamente.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **NELSON CUESTA** a través de apoderado judicial, persigue la nulidad del los actos administrativos que originaron la vinculación al régimen de ahorro individual a través de DAVIVIR y PORVENIR; como consecuencia, declaren nulas todas las afiliaciones al régimen de ahorro individual desde marzo de 1997, incluyendo el acto administrativo 2017 _10244222 del 27 de septiembre de 2017 emitido por Colpensiones, debiendo Porvenir trasladar los aportes realizados junto con los rendimientos generados y COLPENSIONES aceptar el traslado con la recepción de los aportes pensionales y rendimientos; costas del proceso (folio 5).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 1 a 5 de las diligencias, que en síntesis advierten que a la data de presentación de la demanda contaba con 55 años de edad y más de 1.500 semanas; alude que se afilió al otrora Instituto de Seguros Sociales logrando 643 semanas desde el 22 de enero de 1985 y hasta el marzo de 1997; momento en el cual se traslado al fondo de pensiones DAVIVIR hoy



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Protección ante la manifestación del asesor comercial en que su dinero generaría la rentabilidad suficiente para aspirar a una pensión superior a la que llegaría a lograr en el Instituto de Seguro Sociales, sumado a la ausencia del requisito de edad. Sin embargo no le fue entregado soporte alguno de estudios o cálculos pensionales que demostraran la conveniencia en la afiliación, situación que igualmente acaeció que en noviembre de 1988 cuando fue contactado por Provenir S.A., al anunciarle mayor rentabilidad; realizando desde ese momento cotizaciones con el objetivo de alcanzar una pensión de vejez, sin que a lo largo de tal nexo le comunicaran su situación pensional y la favorabilidad del régimen de prima media. Manifiesta que en septiembre del año 2017 asistió a las oficinas de Provenir S.A. donde le mencionaron que su mesada pensional para los 62 años sería de 2'233.400 pesos, cuando el IBC ha sido de 10'000.000 de pesos, demostrando así la carencia de verdad en la información otorgada por el asesor ante la brecha pensional cercana al 80%. Alude que asistió a Colpensiones a fin de lograr el retorno a esa entidad, sin embargo fue decidido desfavorablemente por encontrarse a menos de 10 años para arribar a la edad pensional, cuando dicha situación debió ser comunicada a tiempo por la administradora Provenir S.A.. Agrega que realizó sendas solicitudes a las demandadas con el propósito de obtener el formulario de afiliación y copia de los estudios pensionales, sin que fueran atendidas de manera íntegra al no adjuntar las proyecciones correspondientes. Concluye refiriendo que el 24 de octubre 2018 solicitó la nulidad de la afiliación, a lo cual el 29 de octubre 2018 fue negada.

CONTESTACIÓN: La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que el traslado de régimen se efectuó con el lleno de los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, así como las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

instrucciones impartidas por la Super Intendencia Financiera de Colombia. Aunado a la falta de prueba que permita entrever la nulidad reclamada. **Excepciones:** elevó 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; inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones; debida asesoría del fondo y las que se prueben en el curso de las diligencias (folio 96 a 103).

A su turno, la convocada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al puntualizar que no hay razón para declarar la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual, al tener plena validez y legalidad por falta de prueba en alguna de las causales o vicios del consentimiento; por el contrario, confeso la existencia de voluntad en el acto inicial. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los de error sobre un punto de derecho novicia el consentimiento; prescripción; presunción de legalidad de los actos administrativos; cobro de lo no debido; buena fe y las que se demuestren, folios 138 a 145.

Finalmente, la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.** manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda incoadas en su contra refiriendo que el acto de traslado es existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza, al punto que el demandante suscribió el formulario de forma libre y espontanea en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los titulados inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos del sistema general de pensiones; inexistencia de la obligación de devolver la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; traslado de aportes; traslado y movilidad entre el ARAIS a través de diferentes AFPs con válida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen; inexistencia de la obligación de devolver el segura 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 ; innominada (folio 157 a 166, 184 a 193).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 5 de agosto de 2020, resolvió **absolver** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por NELSON CUESTA y, **condenar en costas** a la parte demandante (CD a folio 224).

Lo anterior por considerar el *A quo* que de las acotaciones realizadas por el accionante en el interrogatorio de parte se logra entrever la existencia de diversas asesorías, a través de las cuales se informaron las ventajas del traslado y se desprende como motivación del accionante el acceso a rendimientos financieros, lo que da cuenta del conocimiento de características propias del régimen de ahorro individual y la carencia de falsedad; sumado a la manifestación de haber realizado aportes voluntarios para la construcción de su mesada pensional, siendo claro para él el contenido ontológico de ese sistema pensional. Precisa que, si bien el accionante desconoce los requisitos para la pensión de vejez, si admite tener presente detalles como la rentabilidad y, de contera demuestra que el error alegado concierne al de derecho que no genera nulidad.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** interpuso **recurso de alzada contra la anterior determinación** aduciendo en síntesis como motivos de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

disidencia que, el juez desconoce el abundante precedente judicial que ampara la situación del convocante respecto de la obligación de las administradoras en entregar una información clara, cierta y comprensible tanto de las características, condiciones, beneficios y riesgos, del cambio de régimen pensional, así como ha establecido la inversión de la carga de la prueba. Deber que en el presente asunto no fue demostrado para el momento inicial del traslado ni para los consecutivos al no entender el demandante los aspectos del sistema, pues no basta con manifestar que tendría los mejores rendimientos, al ser lo propio, relatar las verdaderas implicaciones de aquella decisión y la existencia de una restricción de traslado para el 21 de enero 2015, aspecto este último que no le fue notificado por Provenir S.A. por la falta de demostración con una guía de notificación, acuse de recibido o impresión de mensajes de datos, pues de haber obtenido tal oficio el Señor Nelson Cuesta de manera inmediata hubiere acudido en búsqueda de mayor información por ser un asunto sensible e importante para su futuro pensional, al punto que debió comunicársele por llamada telefónica; más aun cuando se acredita una diferencia importante entre la mesada pensional a percibir en cada régimen dado el ingreso base de cotización de 10'000.000 de pesos. El fallo absolutorio da continuidad a la vulnerabilidad de los artículos 1502 y 1512 del Código Civil, artículo 12 del Decreto 720 de 1994, artículos 1° de la Ley 1480 de 2011 y la Ley 100 de 1993 junto con la referida línea jurisprudencial. Respecto a la mesada pensional se encuentra probado que en Colpensiones le correspondería un valor superior a las 7'000.000 y en Provenir únicamente 2'233.000 pesos, diferencia sustancial que demuestra un panorama favorable en el régimen de prima media y constituye una evidente afectación a sus derechos que permite declarar la nulidad solicitada, bajo el vicio por abuso de la buena fe.



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 peticiona la revocatoria del fallo de primera instancia, resaltando el abundante precedente jurisprudencia que define la obligación de las AFPs en suministrar la debida información, junto con la inversión de la carga de la prueba; última que no fue acreditado pues *«el traslado inicial de mi defendido al RAIS NO obedeció a una asesoría clara, útil, completa, veraz y verificable, así como tampoco fue producto de un estudio pensional en el que se analizara la historia laboral de mi defendido y las consecuencias de su decisión. También quedó demostrado en el proceso que Porvenir JAMÁS advirtió ni notificó como la ley dispone a mi defendido de la restricción legal de traslado a tiempo, cuando se encontraba en oportunidad y término legal para corregir su camino pensional»*, más aún, cuando *«el Juez de primera instancia incurrió en el error al afirmar que por habersele mencionado y reiterado en la supuesta asesoría de los años 90s respecto de los altos rendimientos que podría llegar a tener en el fondo privado, entonces dio por sentado que la AFP Porvenir cumplió con el deber de información, cuando precisamente esa era la única bandera que tenían los asesores comerciales de los fondos privados para captar la atención de las personas, con manifestaciones como que lo privado siempre iba a ser mejor que lo público, que los rendimientos en los fondos serían altísimos, que el ISS iba a desaparecer, y así de una u otra forma jugar con las necesidades de las personas, aprovecharse de su buena fe y desconocimiento del sistema pensional para lograr a toda costa múltiples afiliaciones a los fondos de pensiones privados y por ende al régimen de ahorro individual RAIS»*.

Parte demandada: La Administradora del Régimen de Prima Media, **COLPENSIONES** manifiesta se ratifique el fallo de primera instancia, en la medida que el actor se encuentra inmerso en la prohibición del artículo segundo de la Ley 797 de 2003, sumado a que el traslado efectuado a la AFP privada goza de plena validez y no puede utilizar su propia culpa para beneficiarse. Agrega que la información también debe ser adquirida de manera autónoma por los consumidores financieros,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

acerca de las condiciones, modalidades y sistemas que integran los regímenes pensionales, que le permitan tomar las decisiones con el debido cuidado y atención que merece afiliarse, trasladarse o acoger una modalidad particular pensional.

La convocada **PORVENIR S.A.** solicitó se confirme el fallo proferido, aduciendo estar ajustado a derecho.

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, se advierte la realización en debida forma conforme al oficio de obra a folio 22 de las diligencias.

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 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 se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por NELSON CUESTA al régimen de ahorro individual administrado por DAVIVIR S.A hoy PROTECCION S.A.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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, formulario de vinculación al régimen de ahorro individual y administradoras que lo conforman (fls. 20 y 21), reclamaciones administrativas y su respuesta (fls. 22 a 32, 43 a 45), proyección pensional emitida por PORVENIR S.A. (fls. 33 y 34), historia laboral consolidada y reporte de semanas cotizadas (fls. 35 a 42), expedientes administrativos obrantes en las demandadas (fls. 104 a 128, CD folio 147, 175 a 178, 194 a 199) e interrogatorio de parte absuelto por NELSON CUESTA (CD a folio 224).

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.(...)*

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

*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, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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, 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:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 20 de enero de 1985 (folio 147), para luego trasladarse a la AFP DAVIVIR S.A. el 20 de marzo de 1997 con efectividad al 1° de mayo de esa anualidad (folio 105 y 173); luego se movilizó a PORVENIR S.A. el 10 de noviembre de 1998 (fls 21), donde permaneció hasta que gestó un traslado horizontal a COLPATRIA PENSIONES Y CESANTIA el 31 de mayo de 2000 (folio 123), continuando con un traslado a HORIZONTE S.A. el 15 de marzo de 2013 (folio 124) hoy por fusión PROVENIR S.A (Folio 105); fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado y elevando cotizaciones al subsistema de seguridad social en pensiones (folios 35 a 42, 110 a 121); 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 PROTECCION 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y, en cumplimiento a la carga dinámica de la prueba prescrita en el artículo 167 del CGP que, a su vez, libera de tal deber a quien reseña negaciones indefinidas como la no entrega de datos en el acto genitor de traslado. Información que no se encuentra acreditada en el plenario, ni aun deviene del formulario de afiliación militante a folios 20 y 173, contrario a lo considerado por el juez de primera instancia.

Referente al interrogatorio de parte rendido por el demandante, este Juez Colegiado de segunda instancia, disímil a lo entendido por el *A quo*, no encuentra en su declaración parámetros que permitan concluir un conocimiento si quiera somero del régimen de ahorro individual para el momento del traslado inicial, adelantado por Davivir S.A.

Denótese como fue claro en manifestar que la asesoría entregada se ciñó únicamente al incremento de la mesada pensional por los rendimientos financieros y la crisis en que estaba sumergida el otrora Instituto de Seguros Sociales, alusiones que lejos de presentar un panorama global de las características, ventajas y desventajas del RAIS, únicamente se concentraron en referirle beneficios que indujeron su traslado a ese sistema pensional. Maxime cuando, lo atinente a los aportes voluntarios en que tan enérgicamente se sustenta el *A quo* para determinar el entendimiento del sistema, fue informado solo hasta el traslado a la administradora PORVENIR S.A. ello es, no en el estadio de ingreso al RAIS; aspecto que por demás, continúa involucrando características benéficas del sistema, pero en manera alguna un análisis particular de la situación pensional de NELSON CUESTA, de cara a demostrar los posibles riesgos de su movilidad. Resaltándose que, a la pregunta que realizara el operador judicial sobre si le informaron algo diferente a los rendimientos, el señor Nelson Cuesta, de manera sincera y sin asumo de falsedad indicó que, de haber ocurrido, nunca se hubiera trasladado (medio magnetofónico a folio 224).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 al accionante por la AFP PROTECCION 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 DAVIVIR S.A. ahora PROTECCION 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, o el cargo y profesión que desempeñaba; 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 a la 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 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».

Por lo anterior, se revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar declarar la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad del demandante, debido a la falta de información respecto de éste, sin que la vinculación que alguna vez tuvo con el RAIS surta algún efecto, teniendo entonces como única vinculación válida y que produce efectos jurídicos la realizada al otrora Instituto de Seguros Sociales.

En igual sentido se emitirá orden de devolución de los gastos de administración, al ser 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», y contar con el propósito final de la misma, a saber, lograr la equivalencia entre lo percibido por objeto de cotizaciones y el monto que debe recibir Colpensiones con ocasión del afiliado que retorna. Lo anterior, también ha sido objeto de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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...**»*

También 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)

Ahora, en lo referente a los demás vínculos suscritos en disimiles AFP, necesario es indicar que bajo los preceptos del artículo 1746 del Código Civil, uno de los efectos de la nulidad del nexo, es la de ser restituidos al estado en que se *«hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo»*, en esa medida, no puede acotarse la reafirmación del traslado sino la evidencia en la continuidad del error. A lo precedente se suma, que la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, ratificadas en sentencia del 22 de noviembre de 2011, indicó:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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

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.

DE LA PRESCRIPCIÓN

Las entidades convocadas a la acción ordinaria laboral elevaron como medio exceptivo la nominada prescripción, invocando para el efecto el amplio trascurso del tiempo entre aquel momento de la suscripción del formulario y la solicitud de nulidad. Agregando PORVENIR S.A., que las normas que gobiernan el asunto atañen a las civiles.

Empero, preciso es referir que para el *sub examine*, el fenómeno prescriptivo no se rige por el término previsto para la nulidad del acto jurídico propiamente dicho, como lo sostiene el artículo 1750 del Código Civil, pues la connotación del derecho objeto del acuerdo se escapa de dicha naturaleza, y obtiene el nivel de fundamental e imprescriptible.

Por manera que, al encontrarse inmerso en el debate el derecho pensional, en lo que concierne a su adecuado goce y protección, no resulta viable equiparar los términos de prescripción con aquellos que son dados para componentes ajenos o accesorios a una prestación, cuando la materia reclama un resguardo adicional y de carácter supra legal, máxime, cuando las consecuencias de aquel actuar contrario a derecho de la AFP PROTECCION S.A., aún permea los derechos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

pensionales de la reclamante. Resta señalar, que al no consolidarse el derecho al riesgo de vejez, no puede predicarse prescripción.

Dimanado en la no declaratoria del medio exceptivo, relevándose del estudio de las demás excepciones propuestas.

COSTAS. Se revoca la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, para que en su lugar lo estén a cargo de la administradora PROTECCION S.A., liquídense 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 Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 5 de agosto de 2020 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado realizado el 20 de marzo de 1997, con efectividad el 1° de mayo de esa anualidad, por **NELSON CUESTA** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado a través de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones DAVIVIR S.A. hoy PROTECCION S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a reintegrar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de **NELSON CUESTA**, como cotizaciones, rendimientos financieros, sumas adicionales y sin efectuar descuento por gastos de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

administración, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, a recibir nuevamente a **NELSON CUESTA**, teniendo como semanas efectivamente cotizadas por el demandante, todas aquellas que en el periodo de ausencia por el acto nulo, logró cotizar.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: COSTAS. Se revoca la condena en costas impuesta por el *Aquo*, para que en su lugar lo estén a cargo de PROTECCION S.A., tásense en primera instancia. Sin costas en esta instancia 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

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-



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NELSON CUESTA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. (RAD. 37201900032 01)

M.P. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones que adopta la mayoría de la Sala, me permito aclarar el voto dentro del asunto de la referencia, precisando que si bien es cierto, en la demanda se solicitó la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS y que en la ponencia que acompañe se habla indistintamente de nulidad y/o ineficacia como si se tratara de la misma figura jurídica, no es menos cierto que, el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, criterio que se acompaña con lo expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada