



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LUZ MARINA JAIME ALVAREZ** CONTRA **MARY IN SAS EN LIQUIDACIÓN** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintisiete (27) días del mes de noviembre 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 **NESTOR EDUARDO ÁVILA RÓBLES** identificado con cedula de ciudadanía No. 11.036.675 y tarjeta profesional 133.727 del C.S. de la J., para que actúe en representación de la demandante, por sustitución concedida por el Dr. JAVIER ERNESTO SALAZAR HENAO.

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,

SENTENCIA

DEMANDA: La señora **LUZ MARINA JAIME ALVAREZ** a través de apoderado judicial, pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo con **MARY IN SAS EN LIQUIDACIÓN**, que tuvo una vigencia de 17 años y sin que se realizar el pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, sin afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral y, que término por decision unilateral de la trabajadora; como consecuencia de lo anterior se condene al pago de cesantías, intereses de las cesantías, prima de servicios y vacaciones, lo anterior por el interregno del 2 de marzo de 2013 al 20 de agosto de 2015 junto con el salario de agosto 2015, aportes al fondo de pensiones conforme calculo actuarial, indemnización por falta de pago de prestaciones sociales, costas y agencias en derecho (folio 5).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 y 4 del diligenciamiento, que en síntesis advierten que sostuvo contrato verbal a término indefinido con **MARY IN SAS EN LIQUIDACIÓN** por el termino de 17 años, desempeñando el cargo de auxiliar de oficios varios, en un horario de lunes a viernes de 7:00 am a 4:00 pm y sábados de 7:00 am a 12:30 pm con una remuneración equivalente al salario mínimo legal vigente más auxilio de transporte y, desempeñando las funciones acorde con las instrucciones dadas , cumpliendo órdenes y en condición de subordinada. Señala que no le fue pagada la liquidación de prestaciones sociales de los últimos 3 años, ni el salario del mes de agosto de 2015 momento en el cual presento la renuncia verbal al cargo, sin que fuera afiliada al Sistema de Seguridad Social Integral. Refiere que pese a presentar la renuncia



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

verbal y voluntaria el 20 de agosto de 2015 motivada por el no pago de acreencias laborales, fue nuevamente contratada para una segunda temporada en la misma data.

CONTESTACIÓN: La demandada **MARY IN SAS EN LIQUIDACIÓN**, a través de curador *ad litem*, manifestó que le concierne a la parte actora probar los hechos que hace alusión, para evidenciar la existencia de los mismos. **Excepciones:** No propuso medios exceptivos (folios 101 a 103 y 112 a 119).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 1° de septiembre de 2020, resolvió **negar** las pretensiones de la demanda y **absolver** a la demanda de las mismas y, **sin condena** en costas por el amparo de pobreza que cobija a la demandante (CD a folio 126).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que no se acreditaron los extremos del nexo contractual sostenido entre las partes, lo cual deviene aun de la demanda donde no se precisan fechas y se señala que posterior a su renuncia, nuevamente retomó labores. Resalta que, de acogerse el dicho de las testigos quienes refieren la prestación del servicio desde el año 2002 y hasta el 2009 o 2011, lo cierto es que las pretensiones perseguidas en la demanda solo buscan acreencias para los años 2012 a 2015, y sin conocerse que periodos reclama de aportes a seguridad social en pensiones.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte **DEMANDANTE** interpuso **recurso de alzada contra la anterior determinación**, aduciendo en síntesis como reparos que, de las pruebas incorporadas se logra evidenciar la prestación personal del servicio de forma continua y subordinada por la demandante, por lo menos para los años 2002 a 2011, tal como lo expreso la Juez de primera instancia. Razón por la cual, lo propio era disponer el pago de los aportes a Seguridad Social Integral, en especial, los de pensiones en la medida que no se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

encuentran afectados por la prescripción de los derechos. Agrega estar demostrada la falta de afiliación por tales anualidades y, de haberlo estado, no hay evidencia del cumplimiento de las obligaciones por el empleador. Demostrándose así la omisión de la primera instancia, en realizar un pronunciamiento *ultra y extra petita*, pues si bien se presentan errores en la redacción de la demanda, al probarse la prestación para los años 2002 a 2011, le correspondía ordenar tal reconocimiento. Alude que, pese a no poderse incorporar pruebas para los tres últimos años de la relación, ello se suplía a través de la contumacia y la inversión en la carga de la prueba, ante la falta de comparecencia de la parte demanda, la ausencia en contestar la demanda, la inasistencia al interrogatorio de parte y con ello dar lugar a un reconocimiento de los reclamos en veracidad de las afirmaciones de la demandante.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Aduce se proceda a revocar la sentencia de primera instancia en lo desfavorable, y en su lugar en sede de instancia se subsanen los desaciertos en que aquella pudo haber incurrido y se condene a la empresa MARY IN S.A.S a reconocer y pagar todas y cada una de las pretensiones formuladas por la señora LUZ MARINA JAIME ALVAREZ por existir una indebida valoración de las pruebas.

Parte demandada: Este extremo guardó silencio.

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

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de alzada elevado por la activa, 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 los extremos de la vinculación de carácter laboral entre LUZ MARINA JAIME ALVAREZ y MARY IN SAS EN LIQUIDACIÓN, como quiera que el *A quo* dio por probada la prestación personal del servicio, reparando únicamente en la carencia demostrativa de fechas de ingreso y salida. De acreditarse lo anterior, corroborar el cumplimiento de los presupuestos normativos para fulminar condena por concepto de aportes a seguridad social.

RELACIÓN LABORAL - EXTREMOS TEMPORALES

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

Se sigue de lo anterior, la necesaria comprobación de los medios probatorios incorporados a juicio a fin de establecer si la parte reclamante cumplió con la carga que le incumbía y, en consecuencia, logró demostrar los periodos en que se desarrolló el nexo con la convocada a juicio.

Acorde con ello, 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 del documento de identificación de la accionante (fls. 29), constancia de no acuerdo expedido por la inspección de trabajo RCC 12 (folio 30), testimonios rendidos por María Isabel Cabrera Garzón y Luz Herminda Camacho Delgadillo (medio magnetofónico fl.126).

En lo que concierne a las pruebas documentales integradas al diligenciamiento, únicamente se resalta la acotación impuesta por Gladys Betty Parra Rodríguez en el marco de la audiencia celebrada ante el inspector de trabajo, folio 30, quien en su condición de representante legal de la pasiva² señaló no recordar las fechas en que laboró JAIME ALVAREZ.

Respecto de las declaraciones recepcionadas, los testigos MARIA ISABEL CABRERA GARZON y LUZ HERMINDA CAMACHO DELGADILLO, de manera unánime y sin asomo de duda, manifestaron haber conocido a la hoy accionante como compañera de trabajo en la empresa MARY IN SAS, lo que les permitió vislumbrar que aquella desarrolló el cargo de oficios varios, de lunes a viernes de 7:00 am a 4:00 pm y los sábados de 7:00 am a 12:30 pm, quien siempre se encontró bajo la subordinación de Gladys Parra como propietaria de la pasiva. Así mismo refirieron que ingresaron a laborar en la sociedad

² Folios 38 a 40



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

llamada a debate en el año 2002, cuando ya se encontraba LUZ MARINA JAIME ALVAREZ desempeñando funciones en esa sociedad; resaltando que aquella continuaba prestando sus servicios para las fechas en que las deponentes se retiraron, indicando CABRERA GARZON que ello acaeció en el año 2011 y CAMACHO DELGADILLO en el año 2009, pero sin advertir día y mes.

La fuerza de los anteriores elementos de convicción, demuestran que el debate no gravita en la prestación del servicio por LUZ MARINA JAIME ALVAREZ a favor de MARY IN SAS, empero, se confirma que el dislate persiste en la ausencia de extremos temporales del vínculo.

Sobre este tópico y contrario a lo referenciado por la Juez de primera instancia, encuentra esta sala de decisión que de las declaraciones recepcionadas en el curso de las diligencias, viable es colegir un rango temporal donde la convocante a juicio prestó sus servicios a la sociedad demandada, resaltando, se *itera*, que en esta segunda instancia la parte pasiva no presentó reparo en aquella declaración judicial de prestación del servicio y el resguardo bajo los presupuestos del artículo 24 del CST.

De suerte que, conforme a lo expuesto por CABRERA GARZON y CAMACHO DELGADILLO en sus testimonios, fluye innegable que la accionante desplegó actos de prestación del servicio por lo menos entre el año 2002 y hasta el año 2011; lapsos que si bien denotan una generalidad temporal, no por ello puede darse al traste el nexo contractual, en la medida que bajo las enseñanzas de la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, entre muchas en la sentencia SL-905 de 2013, al estar en presencia de asuntos como el presente, lo debido es tomar el último día del último mes para el primer año, como fecha inicial, y el primer día del mes inicial para el postrer año, como fecha final, aduciendo esa Alta Corte que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«La jurisprudencia adoctrinada de esa Sala ha fijado el criterio según el cual, en estos casos, en que no se conocen con exactitud los extremos temporales, se podrían dar por establecidos en forma aproximada, cuando se tenga seguridad sobre la prestación de un servicio en un determinado período, para así poder calcular los derechos laborales o sociales que le correspondan al trabajador demandante. Al respecto, en sentencia de la CSJ Laboral del 22 de marzo de 2006 Rad. 25580, reiterada en decisiones del 28 de abril de 2009 Rad. 33849 y 6 de marzo de 2012 Rad. 42167, se dijo:

“(…) Aunque no se encuentra precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, esta podría ser establecida en forma aproximada acudiendo a reiterada jurisprudencia sentada desde los tiempos del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual cuando no se puedan dar por probadas las fechas precisas de inicio y terminación de la relación laboral, pero se tenga seguridad de acuerdo con los medios probatorios allegados sobre la prestación del servicio en un periodo de tiempo que a pesar de no concordar exactamente con la realidad da certeza de que en ese lapso ella se dio, habrá de tomarse como referente para el cálculo de los derechos laborales del trabajador.

En sentencia de 27 de enero de 1954, precisó el Tribunal Supremo:

<Si bien es cierto que la jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante en el sentido de que cuando quien debe demostrar el tiempo de servicio, y el salario devengado, no lo hace, no hay posibilidad legal para condenar al pago de prestaciones, salarios o indemnizaciones, es también evidente que cuando de las pruebas traídas a juicio se puede establecer sin lugar a dudas un término racionalmente aproximado durante el cual el trabajador haya servido, y existan por otra parte datos que permitan establecer la cuantía del salario devengado, es deber del juzgador desentrañar de esos elementos los hechos que permitan dar al trabajador la protección que las leyes sociales le garantizan>.

En el sub examine se conocen el año y el mes, pero no el día en que empezó y terminó la relación; de acuerdo con el criterio anterior, habría de entenderse como probado el extremo inicial del vínculo laboral a partir del último día de noviembre del año 2000, y como extremo final, el señalado por el actor en la demanda, es decir, el 23 de diciembre de ese año, por estar dentro del espacio temporal que quedó probado. Así, se habría establecido que el contrato tuvo vigencia entre el 30 de noviembre y el 23 de diciembre de 2000” (resalta la Sala).

En tales condiciones, si se trata de la fecha de ingreso, teniendo únicamente como información el año, se podría dar por probado como data de iniciación de laborales el último día del último mes del año, pues se tendría la convicción que por lo menos ese día lo trabajó. Empero frente al extremo final, siguiendo las mismas directrices, sería el primer día del primer mes, pues por lo menos un día de esa anualidad pudo haberlo laborado» (subraya fuera de texto)

De cara a lo anterior, habrá declararse que la convocante a juicio se encontró vinculada mediante un nexo contractual de carácter laboral con MARY IN SAS, del 31 de diciembre de 2002 al 1° de enero de 2011



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

en el cargo de oficio de varios y con una retribución salarial equivalente al mínimo vital, en la medida que, ante la falta de prueba del rubro percibido, lo propio es atender el mandato de la Carta Magna que desde el artículo 53 constriñe a la concesión de una remuneración básica y mínima, como materialización de los derechos al trabajo y la dignidad humana.

En lo que respecta a aquel reclamo elevado por el apoderado de la parte demandante, en el sentido de tener por acreditados los extremos finales solicitados en el escrito primigenio, sustentándolo en la falta de comparecencia de la demandada y con ello, el otorgamiento de las sanciones de ley; necesario es referir la falta de acierto en tal solicitud, lo cual desdice no solo de la ausencia de atención en las determinaciones impartidas por la Juez de conocimiento, quien en audiencia del 1° de septiembre del 2020 declaró la improcedencia en imponer sanciones o compeler en un interrogatorio de parte, como quiera que la pasiva se encontraba representada a través de curador *ad litem*, sin que el profesional del derecho ahora apelante elevara algún reparo al respecto a través de los recursos de ley dispuestos para el efecto; sino que, de manera adicional, olvida que aquel acto de representatividad mediante la institución del curador *ad litem*, impide encartar a un extremo con aquellas cargas procesales propias de la parte.

Sobre el particular, la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad Laboral, en sentencia SL12493 de 2016 adoctrinó:

«5. Por demás, debe decirse que en realidad, la postura jurídica del Tribunal en cuanto a negar los efectos del art. 210 del CPC, que fueran declarados en audiencia (fls. 71 73), por considerar que resulta improcedente la confesión ficta por la no comparecencia a la diligencia de interrogatorio de la accionada, dado que ella estaba representada en el proceso por curador ad litem, resulta acertada conforme la posición de esta Sala expuesta en la sentencia CSJ del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

4 de diciembre de 2002, rad. 19101 (reiterada en las providencias CSJ SL, 1° feb. 2011, rad. 41113, y CSJ SL 16110-2015), donde se adoctrinó:

En efecto, la manera como está regulada la **confesión ficta o presunta** en el artículo 210 del C. de P. C. permite colegir que la no comparecencia del citado a la audiencia prevista para la práctica del interrogatorio de parte, que hace presumir como ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión, necesariamente está referida a la parte que ha comparecido al proceso, pues es la que puede ser considerada como renuente a atender la citación a la práctica del interrogatorio ordenado, presupuesto que desde luego **no se cumple respecto de quien no se presenta al proceso por haber sido imposible su notificación personal, cualquiera que sea la causa**, pues si desconoce su existencia no es razonable entender que quiere evadir sus obligaciones procesales.

Es cierto que las partes tienen unas cargas y deberes dentro del proceso pero éstas difieren en el caso de la demandada según haya o no comparecido al proceso, pues en principio **no se le puede imputar a quien le fue nombrado curador ad litem, ante la imposibilidad de la notificación personal, el incumplimiento de las órdenes del juez o de sus obligaciones** como tales cuando se supone que desconoce el trámite dado al proceso y, por consiguiente, los mandatos y disposiciones en general emitidas en el mismo.

(...)

Incluso, en la sentencia CSJ SL, 9 nov. 2005, rad. 26199, esta Magistratura precisó que **ni siquiera al contestar la demanda, el curador ad litem puede confesar**:

Cuando el artículo 197 del C. de P. C., aplicable en lo laboral en virtud de lo estatuido en el artículo 145 del C. P. del T. y de la S.S., prevé la validez de la confesión hecha en la contestación de la demanda por apoderado judicial gracias a la presunción establecida en el mandato legal, está refiriéndose de manera exclusiva al “apoderado judicial”, es decir al abogado escogido directamente por la parte para que represente sus intereses dentro del proceso, sin que tal expresión pueda extenderse más allá de ese preciso significado de suerte que se aplique a otros supuestos, por ejemplo, los curadores ad litem.

No puede perderse de vista que según el artículo 46 del C. de P. C. el curador ad litem está facultado “para realizar todos los actos procesales que no estén reservados a la parte misma, así como para constituir apoderado judicial bajo su responsabilidad, pero no puede recibir ni disponer del derecho en litigio.”

En esa misma tónica el numeral 1° del artículo 195 ibídem estipula que la confesión requiere “Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado”(negrillas de la Sala). Ante esta última exigencia, es evidente que **si el curador no tiene potestad para disponer del derecho en litigio, como se dijo atrás, sus declaraciones al contestar la demanda no pueden tenerse como confesión**.

En este orden de ideas, el juez colegiado realizó una correcta lectura de las normas procesales que contienen la institución de la confesión ficta, en consonancia con la jurisprudencia de esta Corporación» (acentúa la Sala)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Acotaciones que reiteran la falta de acierto en el reparo planteado por la parte demandante, respecto del extremo final peticionado en el escrito de demanda.

Ahora, en lo concerniente al uso de las facultades ultra y extra *petita* para aquellas acreencias laborales condenatorias, que a folio 5 del expediente, centra para las anualidades 2013 a 2015; juzga conveniente recordar que las pretendidas facultades fueron encargadas únicamente para los juzgadores de primera y única instancia, encontrando como limite para su uso, que los nuevos o posibles derechos, fueren objeto de discusión y estén debidamente probados acorde a lo preceptuado en el artículo 50 del Estatuto Adjetivo Laboral³.

Regulación que fue objeto de estudio de constitucionalidad por la H. Corte Constitucional en sentencia C – 662 de 1998, quien estableció la inexequibilidad de la expresión *de primera instancia* pues consideró en su momento que «*la norma acusada hace vigente el fin esencial del Estado tendiente a garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados constitucional y legalmente a las personas (C.P., art. 2), como sería el de la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales (C.P., art. 53), así como los derechos que de ahí se derivan, con garantía al acceso a la administración de justicia (C.P., art. 229), bajo una perspectiva de decisión judicial que a todas luces está en consonancia con la normatividad constitucional vigente. Además por cuanto, respecto de los derechos laborales, las prerrogativas y beneficios mínimos con carácter irrenunciable, derivados de una relación de trabajo (C.S.T., art. 14), en virtud del carácter de orden público que representan de acuerdo con los principios constitucionales, significa que el juez que resuelve esa clase de conflictos, cuenta con cierta libertad para asegurar su reconocimiento, mediante el ejercicio de una atribución que le permite hacer efectiva la protección especial de la cual gozan los trabajadores, frente a sus propias pretensiones y a la realidad procesal*» razón por la cual,

³ **ARTICULO 50. EXTRA Y ULTRA PETITA.** El Juez podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el *proceso* y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

estableció que dicha actividad fue otorgada para los jueces de única y primera instancia.

Dimana de lo precedente, la improsperidad en el reparo presentado por la activa pues no puede perderse de vista que esta segunda instancia no se encuentra dotada para estudiar nuevas y disimiles pretensiones a las vistas en el *petitum* y que no fueran objeto de condena por el *A quo*, en la medida que la potestad multicitada no fue concedida para el colegiado de alzada, al tenor de los lineamientos enseñados por la H. Corte Constitucional en la sentencia citada, así como reiterada jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, la sentencia SL2949-2015 Rad. 45587 del 18 de febrero de 2015 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo y SL 3843-2015 Rad. 46843 del 25 de marzo de esta anualidad M.P. Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, último que enseñó:

«Importa agregar, de otro lado, que en la demanda inicial la parte actora solicitó los intereses moratorios y no la indexación de las mesadas adeudadas, de modo que no podía el Tribunal, como juez de segunda instancia, imponer condena por este concepto. Al hacerlo así profirió un fallo extra petita, siendo que las facultades de que trata el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, son privativas del juez de primera o única instancia, mas no del ad quem como juzgador de segunda instancia»

En consecuencia, lo correspondiente a cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones reclamados para los periodos del 2 de marzo de 2013 al 20 de agosto de 2015, junto con el salario para agosto de 2015 y la indemnización por el no pago de las citadas prestaciones sociales, al encontrarse ajenas al rango contractual declarado en líneas anteriores, que se extendió hasta el 1° de enero de 2011, evidente es concluir que las citadas acreencias no encuentran camino de prosperidad pues fueron limitadas desde el libelo genitor para las datas 2013 a 2015.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Empero, tal consideración no cobija lo relativo a los aportes en Seguridad Social en Pensiones, como único reclamo condenatorio respecto al Sistema de Seguridad Social Integral, y denota la prosperidad en el yerro señalado por la parte demandante, pues de una lectura siquiera somera de la pretensión sexta condenatoria, emana indudable que el reclamo no fue limitado a cierto ciclo o anualidad como acaeció con las ya referidas prestaciones sociales, sino que persigue de manera global la realización del cálculo actuarial por el fondo PROTECCIÓN S.A.

Evidenciándose de tal manera, que aquella oscuridad declarada por la Juez de primera instancia, no se encuentra acreditada y solo vislumbra la falta de uso de aquel poder interpretativo de la demanda encomendado al funcionario judicial, con el cual le resultaba fácil deducir que ante la presencia de un nexo laboral, indiferente al momento de ejecución, lo anhelado involucraba el pago de los ciclos pensionales debidos.

No puede olvidarse que, en tratándose de interpretación de la demanda por parte del funcionario judicial como facultad otorgada por el legislador, la H. Corte Suprema de Justicia ha decantado *in extenso* la posibilidad de realizar dicho ejercicio pedagógico, entre otras, en la sentencias bajo Rad. 43604 del 21 de agosto y Rad. 45598 del 13 de febrero, ambas providencias del año 2013 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y Rad. 41408 del 6 de agosto de 2013 M.P. Rigoberto Echeverri Bueno y Rad. 45598 del 13 de febrero de 2013.

Lo anterior implica, como lo aduce la H. Corte Suprema de Justicia, que para evitar cualquier ruptura del derecho sustantivo, corresponde a los juzgadores de instancia, ante lo oscuro o impreciso, interpretar la demanda a través de los distintos métodos posibles, para determinar



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cuál es el verdadero querer de las partes, la auténtica intención de quien la presentó. Pues no puede perderse de vista que tal instrumento de acceso a la justicia tiene una connotación de esencialidad, pues es por su conducto que quienes comparecen a la jurisdicción exteriorizan su propósito y corresponde al Juez encontrar si existe razón en lo pedido, una vez se ha surtido todo el debate para tal efecto y ha escuchado a su contradictor.

De ese modo, se itera, corresponde al juzgador, a través de la lógica jurídica, determinar el sentido de las aspiraciones, y advertir, bajo ese norte, que aunque pueda existir contradicción en lo pedido, alguna de las pretensiones debe ser la válida, ya sea porque existió mayor énfasis en su argumentación, o porque la ubicación del texto permite argüir que se planteó. Todo lo advertido tiene una mayor significación en los juicios del trabajo, en tanto deben servir para *«lograr la justicia en las relaciones que surgen entre {empleadores} y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social»* (artículo 1° C.S.T.) y su materia goza de protección preeminente del Estado al punto que *«Los funcionarios públicos están obligados a prestar a los trabajadores una debida y oportuna protección para la garantía y eficacia de sus derechos, de acuerdo con sus atribuciones»* (artículo 9° C.S.T.); ello traduce en que los jueces están convocados a materializar tales aspiraciones, a través de una sentencia definitiva.

De suerte que, por regulación del Art. 22 de la Ley 100 de 1993, el empleador es el responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio, por lo cual corresponde a éste descontarle al trabajador el valor que le corresponde; finalmente expresa la disposición que *«el empleador responderá por la totalidad del aporte aún en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador»*.

Así, declarado el nexo contractual por los periodos del 31 de diciembre de 2002 al 1° de enero de 2011, era deber del empleador realizar los pagos pertinentes a seguridad social en pensiones, motivo por el cual,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

al no obrar prueba que corrobore el cumplimiento de tal deber legal por Mary In SAS, quien adicional se encontraba con la obligación de exponer su consumación bajo los lineamientos del artículo 167 del CGP, derivado de la negación indefinida impuesta por la accionante, es que habrá de imponerse condena a título de aportes en seguridad social en pensiones por todo el lapso contractual y a razón del salario mínimo mensual legal vigente para esas anualidades, previo cálculo actuarial que, para el efecto, expida el fondo pensional al que se encuentre afiliada la demandante, que según da cuenta la pretensión sexta de la demanda (fl. 5), concierne a la sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. Dicho pago deberá realizarse a plena satisfacción de la entidad pensional, conforme al cálculo actuarial que esta última genere.

Atendiendo la carencia de medios exceptivos, en razón a que la llamada a juicio no propuso ninguno de ellos, esta sala no emitirá pronunciamiento.

COSTAS. Se revoca la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, para que en su lugar lo estén a cargo de la parte demandada, 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 proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 1° de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

laboral de la referencia, para en su lugar, **DECLARAR** que entre LUZ MARINA JAIME ALVAREZ y MARY IN SAS EN LIQUIDACIÓN existió un contrato de trabajo entre el 31 de diciembre de 2002 al 1° de enero del 2011, atendiendo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a **MARY IN SAS EN LIQUIDACION** a consignar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., fondo este al cual se encuentra afiliada la demandante, el valor correspondiente a los aportes a pensión por el interregno del 31 de diciembre de 2002 al 1° de enero de 2011 y teniendo como ingreso base de cotización el salario mínimo mensual legal vigente para esas anualidades, previo calculo actuarial que emita esa AFP, conforme a las consideraciones de la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ABSOLVER a MARY IN SAS EN LIQUIDACIÓN, de las demás pretensiones incoadas en su contra.

CUARTO: COSTAS. Revocar la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, para que en su lugar lo estén a cargo de la parte demandada, liquidense en primera instancia. En esta segunda instancia sin costas dado el resultado de la alzada.

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

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', written over a horizontal line.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JOSÉ FERNANDO MORALES MENDOZA** CONTRA **RAFAEL RICARDO MOLANO CAMACHO**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintisiete (27) días del mes de noviembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: El señor **JOSÉ FERNANDO MORALES MENDOZA** a través de apoderado judicial, persigue la declaratoria de la existencia de un contrato que lo ató con el demandado y el cual feneció por causal imputable al empleador; como consecuencia de la anterior declaración, solita se condene a al accionado al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales causadas y no pagas en vigencia del vínculo contractual, la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T., así como la sanción de que trata el artículo 65 del Estatuto Sustantivo Laboral y las costas procesales. (fl. 3 y 4).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 4 de las diligencias, en los que en síntesis advierte que celebró con el señor Rafael Ricardo Molano Camacho un contrato verbal de trabajo para laborar como gerente en varias empresas tal como pasa a exponerse: i) Inynobel S.A.S. desde el 13 de septiembre de 2012; ii) Innovex S C.A., desde el 15 de septiembre de 2013; iii) Productos Ramo S.A., Tecnopres Grafic S.A., Soplex S.A., Manantiales de los Andes S.A., Inversiones y Representaciones Conkrear & CIA S en C, hasta el 31 de enero de 2017; que el salario devengado asciende a la suma de \$3´400.000; que el demandado sin mediar justa causa le dio por terminado el contrato de trabajo, sin que se le cancelara las prestaciones sociales a que tiene derecho.

CONTESTACIÓN: El demandado **RAFAEL RICARDO MOLANO CAMACHO**, a través de apoderado judicial describió el traslado de la demanda, oportunidad en la que se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones formuladas en el escrito demandatorio, al considerar, en esencia, que en el presente asunto no existió la relación laboral alegada por el libelista, en tanto no hubo subordinación alguna, contrario a ello, lo que en efecto existió entre las partes fue un



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

vínculo de carácter civil bajo la modalidad de prestación de servicios profesionales. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia del contrato de trabajo, prescripción, falta de causa, pago, buena fe, inexistencia de la obligación reclamada, compensación y la genérica. (fls. 75 a 85).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 12 de agosto de 2020, **negó** las pretensiones de la demanda y en consecuencia, **absolvió** al demandado de todas y cada una de las aspiraciones incoadas en el libelo demandatorio y **condenó** en costas a la parte demandante. (fl. Cd. 86246).

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante JOSÉ FERNANDO MORALES MENDOZA, interpuso recurso de alzada, en el que solicita la revocatoria de la sentencia impugnada, al considerar, en esencia, que de conformidad con lo previsto en el artículo 24 del C.S.T., quien presta un servicio personal se presume que lo hace mediante un contrato de trabajo con todas las prerrogativas que establece la ley, en tal virtud, en el presente asunto quedo ampliamente demostrado que quien actuaba como patrono o empleador era el señor Molano Camacho, ello pese a que accionado haya constituido varias empresas, pues la realidad el citado señor Molano Camacho, era quien impartir las ordenes utilizaba al señor José Fernando Morales como su empleado para todas las diligencias, aduce, que está plenamente demostrado el contrato de trabajo, el servicio personal y la remuneración, por lo que se presume inclusive la continua dependencia.



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: En la oportunidad procesal concedida, la parte accionante allegó escrito de alegaciones de conclusión, en el que petitionó se revoque la sentencia de primera instancia con base a que en el presente asunto se acreditan los requisitos esenciales del contrato de trabajo lo que permite activar la presunción del artículo 24 del C.S.T, la cual no fue desvirtuada por la pasiva, sumó a ello, que se aportaron una serie de escritos de varias personas que dieron fe de la prestación del servicio del demandante y que no fueron estudiadas en primera instancia.

Parte demandada: El señor Rafael Ricardo Molano Camacho petitiona la confirmación de la sentencia apelada, al considerar, en esencia, que se debe destacar la inexistencia del contrato de trabajo que pretende hacer ver la parte demandante, por ende, no existe fundamento para que proceda el pago del auxilio de cesantía, de las vacaciones, de la prima de servicios, de las bonificaciones, de la indemnización por despido injusto y de la indemnización moratoria, puesto que entre las partes nunca existió una relación laboral, sumó que la formación, las destrezas y capacidades profesionales del demandante, fueron los móviles determinantes para contratar sus servicios profesionales y para convenir la modalidad de prestación civil de sus servicios.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el libelo demandatorio, las inconformidades presentadas por la parte accionada en la contestación de la demanda y los fundamentos dados en el recurso de alzada, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales conforme el artículo 66A del CPL, procede a determinar cómo problema jurídico a resolver si entre las partes existió un vínculo de carácter laboral y de resultar afirmativa la anterior premisa, establecer si resulta procedente la fulminación de condena en torno a las prestaciones sociales pretendidas.

RELACIÓN LABORAL

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

Es así, como según el artículo 24 del CST, «*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*», de donde se colige, que basta con que el trabajador demuestre la prestación humana del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

servicio a favor del empleador, para que se predique la existencia del elemento de subordinación y por ende del contrato de trabajo, quedando la carga de la prueba en el patrono, quien deberá desvirtuar tal presunción, conforme lo indicado por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia con radicado 44321 del 29 de octubre de 2014.

Así las cosas, con miras a dilucidar el objeto de debate, estima pertinente la Sala proceder a analizar el material probatorio recaudado, dentro del cual aparecen las siguientes documentales, dado que no fueron tachadas de falsas, desconocidas, ni reargüidas por las partes, en los términos previstos en los artículos 269 y subsiguientes del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por disposición del artículo 145 del C.P.T:

- 1- Certificación laboral suscrita por Rafael Molano Camacho. (fl. 6).
- 2- Certificación laboral emitida por la sociedad Invnovex S. C.A., y suscrita por Rafael Molano Camacho. (fl. 7).
- 3- Certificación laboral suscrita por el señor Roberto Betancourt. (fl. 8).
- 4- Certificación laboral suscrita por el señor Luis Alberto Nieto Sierra. (fl. 9).
- 5- Memorial de aceptación de cago como Gerente suscrita por el señor José Fernando Morales Mendoza. (fl. 10).
- 6- Acuerdo de confidencialidad. (fl. 45 a 48).
- 7- Correo electrónico denominado contrato Vertex. (fl. 52).
- 8- Correos electrónicos denominados estados financieros. (fl. 53 a 57).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

- 9- Certificaciones emitidas por los señores Angélica María Zuluaga Celis, Roberto Betancourt, Luis Fernando Nieto Cierra, Camilo Quiroga, Sebastián Herida Strauch, Giovany Ríos Rojas, Orlando Espinoza Vargas y María Mendoza de Morales. (fl. 66 a 71).
- 10- Perfil profesional del demandante. (fl. 86 a 99).
- 11- Cédula de ciudadanía del actor. (fl. 100).
- 12- Cuentas de cobro. (fl. 101 a 196).
- 13- Documento de terminación del contrato de prestación de servicios. (fl. 197).
- 14- Aportes a seguridad social Planilla Simpli. (fl. 198 a 210).

Del mismo modo fue escuchado el testimonio de Orlando Espinoza Vargas y el interrogatorio de parte absuelto por José Fernando Morales Mendoza. (Cd. Fl. 245).

Visto lo precedente y con el ánimo de dirimir la Litis planteada, al analizar la prueba recaudada en el plenario, se tiene que el demandante, en su interrogatorio, si bien es cierto, afirmó no haber llegado a un acuerdo en torno a la suscripción de un contrato de prestación de servicios profesionales para con el señor Rafael Molano, y por el contrario, aseguró que el demandado lo contrató para hacer unas asesorías y unas consultorías en su empresa y con posterioridad lo vinculó como Gerente en una sociedad denominada Inobel, así como de haber cumplido horario de trabajo el cual señaló era de 8 am a 5 pm, todos los días de lunes a viernes y eventualmente los días sábados, domingos y festivos, también lo es, que fue conteste en señalar que las funciones que ejecutó, las desarrolló en favor de la sociedad Inobel



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

S.A.S., y respecto a los servicios que confeccionó en favor del demandado adujo, que fueron 2 o 3 veces en las que adelantó gestiones en pro del señor Rafael Molano, tales como llevar al perro hasta el Neusa, y llevarle el carro al taller.

De otra parte, en lo que refiere al testimonio vertido por el testigo Orlando Espinoza Vargas, al cuestionársele en torno a la relación que sostuvo el demandante con el encartado, aquel afirmó que *«Sí, él prestaba, como decirlo, él prestaba unos servicios para don Rafael y hacía labores que le encargaba don Rafael prestándole servicios, como decirlo, lo programaba para hacer un tipo de investigación, él le prestaba el servicio de esa investigación y él le pagaba unos, no sé cómo llamarlo, él pasaba una cuenta de cobro y él le pagaba esos servicios a José Fernando Morales»*, y al preguntársele si el demandante cumplía un horario, este contestó que *«No, a la misma casa de don Rafael no, él si iba a veces iba y por decir algo iba un lunes y estaba todo el día con don Rafael y algo, y él se iba y constante digamos de lunes a viernes no lo hacía y de 8 a 5 en esa oficina no lo hacía»*, también dio fe de que al señor Morales Mendoza no se le hizo llamados de atención o se le impartieron ordenes de forma escrita, ello, por cuanto las reuniones siempre se llevaban a cabo de forma privada entre los aquí contendientes.

Ahora bien, fueron incorporadas a las diligencias, certificaciones suscritas por los señores Angélica María Zuluaga Celis, Roberto Betancourt, Luis Fernando Nieto Cierra, Camilo Quiroga, Sebastián Herida Strauch, Giovany Ríos Rojas, Orlando Espinoza Vargas y María Mendoza de Morales, de las que, de forma consistente y unísona, afirman que conocieron al señor José Fernando Morales Mendoza, prestando sus servicios al señor Molano Camacho en la calidad de Gerente de la sociedad Invnobel S.A.S., y luego en la sociedad Innovex S. C.A.

Al examinar el contenido de las citadas certificaciones, se advierte del dicho de los suscriptores, que en efecto el demandante presto sus servicios para el señor Rafael Molano, sin embargo, son aquellos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

mismos los que señalan que el trabajo lo desempeñó a favor de las sociedades Invnobel S.A.S., e Innovex S. C.A., en calidad de Gerente, supuesto de facto que se acompasa por lo dicho por el demandante en su interrogatorio de parte al señalar que la fuerza de trabajo la prestó a favor de las sociedades ya relacionadas anteriormente, desvirtuándose así la prestación del servicio personal a favor del demandado Rafael Molano Camacho en los términos pretendidos en la demanda.

A lo anterior se suma, que a folios 105 a 113, reposan cuentas de cobro dirigidas por el actor al demandante., por concepto de «... *Consultoría Agropecuaria proyecto cardamomo, café, Papel Piedra, Winter, Buneba, Almidón de yuca, Maíz Amarillo, arroz*», mismas que se encuentran sufragadas por la sociedad Innovex S. C.A., seguido a ello, a folios 114 a 139 del informativo reposan cuentas de cobro dirigidas por el actor al señor Rafael Molano Camacho por concepto de «... *Prestación de Servicios Invnobel, recolección información Cafam caja de compensación familiar, realización presupuesto videos y pagina web Invnobel, Protektor, Geometrix, desarrollo Plan estratégico Empresarial, comercialización y hechura de moldes Protektor, Geometrix, Abaco, acercamiento editoriales, Cafam panamericana, san Victorino, presupuestos hechura y creación prototipos finales*», las cuales fueron canceladas por la ya antes citada sociedad, documentos que si bien se dirigen al demandado, advierten la prestación de servicios profesionales a favor de la persona jurídica denominada Innovex S. C.A.

De cara a lo hasta aquí expuesto, para esta Corporación, entre las partes no existió una relación de carácter laboral, en tanto no se dan los elementos esenciales del contrato de trabajo, enunciados en el artículo 23 del C.S.T, pues si bien quedó probado que el actor prestó de forma personal sus servicios, aquellos lo ejecutó en favor de la sociedad Invnobex S. C.A., y no para el señor Rafael Molano Camacho, en tanto este último logró derruir la presunción legal prevista en el artículo 24 del C.S.T, al acreditar que el demandante en manera alguno



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

estuvo subordinado a las directrices del accionado, pues contrario a lo depuesto por el demandante, con lo afirmado por el testigo Orlando Espinoza Vargas, el señor Morales Mendoza no cumplió un horario de trabajo así como tampoco debía asistir a la oficina de lunes a viernes en la forma que afirma el demandante.

Ahora bien, no puede perderse de vista, que es el mismo actor quien en interrogatorio de parte afirmó que las funciones por las cuales efectuó las cuentas de cobro las desarrollo en la calidad de Gerente de la sociedad Invnobel, y que en favor del demandado tan solo ejecutó 2 o 3 funciones las cuales se basaron en llevarle la mascota al Neusa y el carro al taller, únicas actividades que de forma personal prestó el demandante a favor del aquí demandado, por lo que la relación laboral aquí pretendida no encuentra vocación de prosperidad, pues se itera, la fuerza de trabajo del accionante se prestó frente a la persona jurídica ya antes relacionada y no de forma directa a la persona natural que conforma el extremo pasivo de esta Litis.

De otro lado, no escapa a la vista de la Sala que el promotor del juicio señala que seguía las directrices que le impartía el señor Molano Camacho, y que el testigo Espinoza Vargas afirmó que el demandante y el demandado sostenían reuniones ocasionales, sin embargo, tal hecho no implica que se dé una subordinación propia de un vínculo laboral, pues frente a este tema, ha manifestado la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que dentro de los contratos de prestación de servicios, es dable que existan exigencias de índole técnico, pero estas, de forma alguna implican la existencia de la subordinación como elemento esencial del contrato de trabajo. Así, en las sentencias SL 17496-2016, SL 1762-2018 y SL 663-2018 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, se indicó:

«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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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».

En el presente asunto, si bien el demandado sostenía reuniones periódicas con el actor, y aquel a su vez le rendía informes y presentaba cuentas de cobro, ello deriva de la calidad de socio gestor de la sociedad Invnovex C. S.A. por parte del señor Molano Camacho, pues tal aspecto se encuentra acreditado del certificado de existencia y representación legal incorporado al informativo, y habiéndose prestado los servicios por parte del accionante a la sociedad ya tantas veces citada, surge patente que exista una función coordinada en la prestación de servicios entre el contratante y el contratistas en pro de la supervisión y vigilancia de las obligaciones contraídas por las partes.

Por último, alega el recurrente que si bien, la demanda se dirigió de forma exclusiva en contra de Rafael Ricardo Molano Camacho, también se expresó que se dirigía en la condición de socio o propietario de las diversas sociedades de las cuales aquel tiene participación, pese a ello, cabe recordar, que desde el inició de la demanda, fue la intensión del demandante dirigir la acción de cara a una persona natural, sin que se citara a la contienda a las personas jurídicas de las cuales afirma el accionante, el demandado tiene participación, ni aun así pretendió la institución procesal de la solidaridad entre las personas jurídicas y la persona natural aquí demandada, siendo cada una de ellas autónoma, susceptible de derechos y de adquirir obligaciones, por lo que no es dable hacer responsable a la persona natural de las eventuales



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

obligaciones que surgen de la activada desplegada por la persona jurídica. De ahí que resulte inviable declarar la existencia de una relación laboral en los términos que se pretende en la presente demanda.

De manera tal que habrá de ser confirmada la providencia apelada.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta instancia se imponen costas a cargo de la parte demandante, dado el resultado de la 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.

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia del 12 de agosto de 2020, en el proceso ordinario laboral promovido por **JOSÉ FERNANDO MORALES MENDOZA** contra **RAFAEL RICARDO MOLANO CAMACHO**, atendiendo a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS: Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta instancia se imponen costas a cargo de la parte

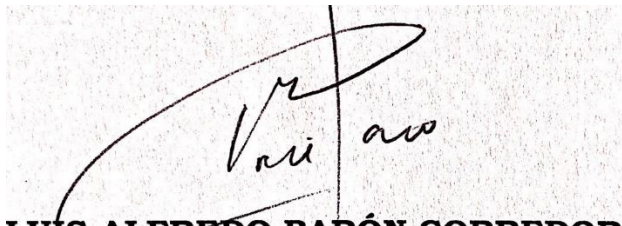


República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

demandante, dado el resultado de la 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 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 **ARGEMIRO CRUZ VARGAS** CONTRA **EDGAR HUMBERTO ARDILA RIVEROS Y LUIS ALBERTO VILLAR RIVEROS** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintisiete (27) días del mes de noviembre 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 **ARGEMIRO CRUZ VARGAS** a través de apoderado judicial, pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo escrito a término indefinido con **EDGAR HUMBERTO ARDILA RIVEROS Y LUIS ALBERTO VILLAR RIVEROS**, que inicio el 1° de enero de 2017 para desempeñar las labores de oficios varios en el establecimiento de comercio EL CAMARITA y devengando como contraprestación la suma mensual de \$2.100.000, mismo que feneció por despido sin justa causa el 30 de julio de 2018, sin el pago de las acreencias laborales y aportes al Sistema de Seguridad en Pensiones; como consecuencia de lo anterior se condene al pago de cesantías, intereses a las mismas, vacaciones, prima de servicios, horas extras y recargos dominicales, dotación, sanción moratoria por no consignación de las cesantías a un fondo, \$2.912.778 por despido sin justa causa, aportes en seguridad social en pensiones o, en su defecto pague la suma de \$2.000.000 (folios 4 y 5).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 y 3 del diligenciamiento, que en síntesis advierten que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con **EDGAR HUMBERTO ARDILA RIVEROS** y **LUIS ALBERTO VILLAR RIVEROS** el 10 de febrero de 2017 pero con fecha de ingreso 2 de enero de 2017, para desempeñar las funciones de cortador de carnes y oficios varios debiendo atender clientes, realizar el aseo, despostar carne y adelantar domicilios en el establecimiento comercializadora de carnes EL CAMARITA, ubicado en la carrera 14c N° 74 b sur barrio en Cortijo, en un horario de 6:45 am a 9:00 pm de domingo a domingo, descansado un día cada quince días de labores y, devengando la suma diaria de \$70.000 para un valor mensual de \$2.100.000. Refiere que ejecutó de manera personal las labores encomendadas obedeciendo las instrucciones, cumpliendo el horario sin que se presentara queja alguna, hasta el 30 de julio de 2018



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que fue despedido sin justa causa. Resalta que durante toda la relación laboral no fue vinculado al sistema de seguridad social, entre ellos el fondo de pensiones, no le cancelaron las vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios, ante lo cual le fue manifestado por los demandados, de forma tajante, que no le adeudaban nada.

CONTESTACIÓN: Los demandados **EDGAR HUMBERTO ARDILA RIVEROS** y **LUIS ALBERTO VILLAR RIVEROS** manifestaron su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que no existió vínculo laboral, subordinación o dependencia, en la medida que las actividades realizadas por el accionante lo fueron de manera esporádica y sin continuidad sumado a la presencia de un vicio en el consentimiento, en tanto el documento contractual no concierne a la voluntad de los demandados, al ser fruto de la presión realizada por el convocante, con intenciones que denotan dolo en sus reclamos sumado a que el nombre impuesto fue adicionado después de los hechos. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los titulados inexistencia del contrato laboral; cobro de lo no debido; inexistencia de la obligación y, falta del principio de buena fe por el demandante (folios 35 a 43).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 16 de septiembre de 2020, resolvió **negar** las pretensiones de la demanda y **absolver** a los demandados de las mismas; **declarar probadas** las excepciones de inexistencia del contrato laboral, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y, **condenar** en costas a la parte demandante (CD a folio 54).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que de las pruebas recaudadas no se logra establecer la prestación personal del demandante en las condiciones reclamadas en el escrito de demanda; refiriendo que la presencia de un



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

documento contractual no implica la existencia misma de una relación laboral, pues para ello es indispensable que se cumplan las pautas del artículo 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, las que no se acreditaron con ninguna de las pruebas. Aunado a que, si bien se refiere la realización de turnos, no se logró establecer la cantidad y periodicidad para proceder a una cuantificación.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte **DEMANDANTE** interpuso **recurso de alzada contra la anterior determinación**, aduciendo en síntesis como reparos que hubo una indebida valoración de las pruebas, en la medida que de las mismas se acreditó la prestación personal del servicio a favor de los accionados tal como lo relataron los testigos al señalar la ejecución de turnos por el actor; alusiones que fueron ratificadas por los deponentes traídos a juicio por la parte demandante y aun por Edwin García, quien si da pautas de credibilidad por su permanencia en el establecimiento de comercio para dictar clases de guitarra a ARGEMIRO CRUZ VARGAS; lo que les permitió igualmente ratificar la subordinación, lo cual no puede predicarse de los testigos de la demandada en tanto que asistían una sola vez a la semana o cada quince días por no vivir en la zona. En lo que concierne al contrato individual de trabajo, contrario a lo referido por la Juez de primera instancia, el mismo se encuentra firmado de puño y letra por la pasiva, sin que fuera negado y sin que se afecte por la inclusión de los datos por parte del actor pues ello fue en presencia de los mismos demandados y, de considerarse algún tipo de falsedad queda la duda de porque no ejecutaron una acción penal o tacharon el documento, ello lo es porque solo buscan desprenderse de la responsabilidad del pago de las prestaciones sociales, al no ser verídico algún tipo de engaño a dos comerciantes, lo que da lugar a considerar una relación desde el 2 de enero del 2017 con fecha final en julio de 2018 momento en el que fue desvinculado por solicitar 15 días de descanso, resaltando la presencia de subordinación, pues le tocaba ordenar, hacer aseo, atender al público como lo manifestaron los testigos e incluso los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

mismos demandados al aducir que siempre permanecían en el local y permite entrever la presencia de un jefe inmediato que señalaba las funciones a realizar, adicionando que se demostró el pago diario de \$70.000. Referente a la prestación personal del servicio, los testigos de ambas partes reseñaron verlo en el establecimiento de comercio cuando asistían, así fuera cada mes o cada dos meses y haciendo el oficio de aseo, cortando carne y atendiendo público como actividades que necesariamente se realizan de forma personal ante la falta de delegación. Expresa que fueron los mismos demandados quienes expresaron que por seis u ocho meses el señor ARGEMIRO CRUZ VARGAS trabajó de 1 a 3 días a la semana, lo que impide entender el sentido del fallo.

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: Reclama se confirme el fallo de primera instancia, en la medida que *«no acierta el recurrente cuando manifiesta su inconformidad de haber dado por desvirtuada la presunción legal de la existencia del contrato de trabajo, ya que como se ha manifestado no fueron suficientes las aseveraciones del demandante ni de sus testigos, los cuales carecían de credibilidad y de convicción, contradiciéndose y no constándoles la supuesta prestación y relación laboral entre el demandante y mis poderdantes».*

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juez de Conocimiento y el recurso de apelación propuesto por la parte convocante a juicio, esta Colegiatura en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades planteadas en la alzada², el determinar si del material probatorio recaudado se logra comprobar la existencia de una vinculación de carácter laboral, teniendo de un extremo a ARGEMIRO CRUZ VARGAS y, del otro, a EDGAR HUMBERTO ARDILA RIVEROS Y LUIS ALBERTO VILLAR RIVEROS; de acreditarse lo anterior, corroborar el cumplimiento de los presupuestos normativos para fulminar condena por las acreencias laborales reclamadas en la demanda.

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.

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



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 trabajo (fls.10), interrogatorios de parte rendidos por la parte demandada y demandante (CD a folio 53) y testimonios de JOSE CRISTOBAL AVILA GUERRERO, MARIO ALFONSO SUAREZ ARREDONDO, MILTON ANDRES SAREIZA, JESUS ANTONIO ROJAS ACOSTA, EDWIN HERNEY GARCIA HERRERA, JOSÉ LUIS GARCIA RIVEROS y DUVER BELTRAN VILLAR (medios magnetofónicos fls. 53 y 54).

Del anterior relato, *liminariamente* indicará este Juez Colegiado de segundo grado que la sola presencia de un documento bajo el título de contrato de trabajo, no implica de contera su declaratoria *in limine* y la entrega de las acreencias regladas en las normas sustantivas laborales, pues preciso resulta indagar si el mismo nació a la vida jurídica y se ejecutó, de tal manera, que los parámetros de los artículos 23 y 24 del CST serán los que gobiernen su resolución. Resaltando para el efecto, que si bien en la contestación de la demanda y el devenir de las diligencias, la pasiva rechaza la documental adosada a folio 10 del plenario indicando ser engañados para su rúbrica, lo cierto es que no activó las herramientas procesales para relegar de fuerza jurídica su contenido, como la tacha y desconocimiento de documentos, implicando que el mismo surta plenos efectos.

En ese orden de ideas, y contrario a lo considerado por la Juez de primer grado, advierte esta Sala de Decisión que la prestación personal del servicio fue en aspecto aceptado por la pasiva desde la misma contestación del *libelo introductor*, al reseñar para los hechos 3°, 4° y 7° que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«AL HECHO TERCERO: Manifiestan mis poderdantes que el señor ARGEMIRO CRUZ VARGAS, ayudaba con ciertas actividades, que serán demostradas por el demandado dentro del proceso.

AL HECHO CUARTO: No es cierto manifiestan mis poderdantes, que el señor ARGEMIRO CRUZ VARGAS, tuviera alguna clase de subordinación ya que no era empleado, solo hacía turnos los cuales eran asignados por la persona cercana de confianza señor LUIS ALBERTO VILLAR RIVEROS.

AL HECHO SEPTIMO: Manifiestan mis poderdantes que se le cancelaba por turno la suma de \$70.000»

De suerte que, el *sub judice* se centra en determinar la naturaleza contractual de la relación que unió a las partes procesales, pues la activa aduce que las actuaciones que rigieron la vinculación configuran un contrato de carácter laboral y, por su parte, los demandados alegan que el nexo fue regido por uno disímil al del trabajo; entonces, 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 ARGEMIRO CRUZ VARGAS se encuentra enmarcada 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*».

Así las cosas, resulta forzoso que los convocados en ejercicio de su facultad probatoria, desvirtúen la presunción legal y lleven 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, entre otras, 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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

«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.

En lo que concierne al interrogatorio de parte absuelto por LUIS ALBERTO VILLAR y EDGAR HUMBERTO ARDILA (CD a folio 53), se evidencia la aceptación de la prestación personal del servicio por el demandante en el establecimiento de comercio denominado CAMARITA, a través de la ejecución de turnos y para desarrollar la labor de despostador o cortador de carnes, pero refiriendo que no fue contratado laboralmente en la medida que el documento obrante en el proceso fue suscrito por engaño y con el propósito de construir vida crediticia, según lo dicho en su momento por el actor. Precisarón que le cancelaban \$70.000 por turno, los que eran una vez a la semana desde enero a mayo o junio de 2018; agregando que comportaban 4 o 5 al mes, sin cumplimiento de horario pues tenía la potestad de realizar la tarea encomendada en la mañana o en la tarde, dado que conocía la función a realizar y, que no se comunicaban con el actor pues aquel conocía cuando llegaba el ganado y solo requería le fuera asignado, dado que José Luis García tenía la misma función. Manifiestan que en algunas oportunidades el actor les ayudo a atender clientes y cuadrar la nevera; que el horario de apertura del local era a las 8:00 am, con cierre a las 9:00 pm. Resaltando LUIS ALBERTO VILLAR que fue era el codemandado quien ostentaba la condición de dueño del establecimiento, pues él igualmente se encontraba realizando turnos en el local anunciado; que las veces que cancelaba el monto diario por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

turno era a nombre de EDGAR HUMBERTO ARDILA. Igualmente se resalta de la declaración absuelta por EDGAR HUMBERTO ARDILA, que éste ya no es el propietario del local comercial, que fue el señor LUIS ALBERTO VILLAR quien le dio la oportunidad al demandante de ejecutar la labor de desposte, pero sin que fuera continua, en tanto se necesitaba una persona cuando el, como dueño, tenía que salir del negocio; que la labor de aseo era en el sitio donde se realizaba el corte de carne; refirió que la asistencia del extremo demandante era cuando CRUZ VARGAS tenía tiempo, retirándose una vez terminado el oficio de desposte sin tener que estar todo el día para beneficiarse del pago.

Relativo al interrogatorio de parte absuelto por el demandante, se desprende que fue éste quien llenó todos los datos del contrato de trabajo, pero en presencia de los demandados. Indicó que desarrolló diversas labores dentro del establecimiento de comercio, como atención a clientes, limpieza de neveras, organización del mostrario con carne y pollo, desposte y aseo con un horario de 6:30 a.m. a 9:00 p.m.; que era el único cortador del establecimiento y que convinieron en el pago de \$70.000 diarios, para un total de \$2'100.000 en el mes³

Atinente al recaudo de pruebas testimoniales, esta Sala de Decisión encuentra que los deponentes JOSE CRISTOBAL AVILA GUERRERO, MARIO ALFONSO SUAREZ ARREDONDO, MILTON ANDRES SAREIZA, JESUS ANTONIO ROJAS ACOSTA, EDWIN HERNEY GARCIA HERRERA, JOSE LUIS GARCIA RIVEROS y DUVER BELTRAN VILLAR (medios magnetofónicos a fls. 53 y 54), al unísono indicaron la existencia del local comercial CAMARITA, donde, en algunas oportunidades vieron al accionante realizar algún tipo de función, pero sin tener conocimiento claro de quien es el propietario de la misma y de la continuidad en la prestación del servicio, pues señalaron asistir una o dos veces por semana, sin que superara un interregno de 30

³ CD a folio 53



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

minutos. Momentos en los cuales, vislumbraron al actor atendiendo clientela, surtiendo nevera y despostando los bovinos que llegaran; resaltaron que en algunas oportunidades no vieron al accionante, pues la presencia en el local podría variar en la jornada de la mañana o de la tarde.

Relativo a ordenes o instrucciones impartidas, el deponente MILTON SUAREZ ARREDONDO indicó que *«a veces estuve ahí cuando el señor Don Humberto llegaba y pues le dirigía hacer algunas actividades, como cortes de carnes o despachar, bueno no sé, atender la clientela, eso es lo que me consta»*. Ahora, si bien JESUS ANTONIO ROJAS ACOSTA señaló que Cruz Vargas laboraba todos los días desde el 2017 y hasta el año 2018, lo cierto es que con posterioridad mencionó no asistir todos los días al local de carnes, siendo entonces lo que *«él nos decía»* y en la medida que para el año 2017 vivía en un pueblo.

Finalmente, en lo concerniente a EDWIN HERNEY GARCIA HERRERA, tal como lo indicó el *A quo*, su declaración lejos de dar claridad al *examine* lo cubre con un manto de duda, pues reiterando que asistía todos los días al establecimiento de comercio durante toda la jornada de ejecución de funciones por Argemiro Cruz, luego menciona que no era durante todo el día sino unos periodos luego de estudiar, seguido a mencionar que era en la finalización para recoger al actor; sin embargo, sumó a lo anterior, que también lo realizaba para dictarle clases de guitarra, las que eran dentro del local; empero, agregó que no eran todos los días y solo cuando le quedara un espacio libre al accionante, para concluir expresando que *«así como tiempo no era, digamos, un minuto o dos minutos que yo le explicaba a veces, cuando quedaba tiempo»*.

La fuerza de los anteriores elementos de convicción, demuestran que en el presente debate los demandados no cumplieron con el deber que implicaba desvirtuar la presunción contractual laboral y su ejecución



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

bajo subordinación y, por el contrario, dieron paso a materializar el nexo por cumplimiento de las pautas de los artículos 23 y 24 del CST; teniendo como empleador a EDGAR HUMBERTO ARDILA RIVEROS, como quiera que no logró comprobarse la calidad que ostentaba VILLAR RIVEROS en el establecimiento de comercio, bien de socio o copropietario, sumado a que de las apreciaciones de la contestación de la demanda, es factible concluir que este último tenía era la condición de representante del empleador con las facultados de asignar turnos, generar pagos y vincular personal al tenor del art. 32 *ejusdem*; vinculando sus actos a ARDILA RIVEROS.

Cumplido lo anterior, y sobre el tópico de los extremos laborales, encuentra esta sala de decisión que de las declaraciones recepcionadas en el curso de las diligencias y en especial el dicho de ARDILA RIVEROS y VILLAR RIVEROS, viable es colegir un rango temporal donde la convocante a juicio prestó sus servicios por turnos, desvirtuando además, aquella enunciación de continuidad en el servicio y su gestación desde el año 2017.

De suerte que, conforme a lo expuesto por los citados, fluye innegable que el accionante desplegó actos de prestación del servicio por lo menos entre enero y junio del año 2018; lapsos que si bien denotan una generalidad temporal, no por ello puede darse al traste el nexo contractual, en la medida que bajo las enseñanzas de la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, entre muchas en la sentencia SL-905 de 2013, al estar en presencia de asuntos como el presente, lo debido es tomar el último día del último mes para el primer año, como fecha inicial, y el primer día del mes inicial para el postrer año, como fecha final, aduciendo esa Alta Corte que:

«La jurisprudencia adoctrinada de esa Sala ha fijado el criterio según el cual, en estos casos, en que no se conocen con exactitud los extremos temporales, se podrían dar por establecidos en forma aproximada, cuando se tenga seguridad sobre la prestación de un servicio en un determinado período, para así poder calcular los derechos laborales o sociales que le correspondan al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

trabajador demandante. Al respecto, en sentencia de la CSJ Laboral del 22 de marzo de 2006 Rad. 25580, reiterada en decisiones del 28 de abril de 2009 Rad. 33849 y 6 de marzo de 2012 Rad. 42167, se dijo:

“(...) Aunque no se encuentra precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, esta podría ser establecida en forma aproximada acudiendo a reiterada jurisprudencia sentada desde los tiempos del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual cuando no se puedan dar por probadas las fechas precisas de inicio y terminación de la relación laboral, pero se tenga seguridad de acuerdo con los medios probatorios allegados sobre la prestación del servicio en un periodo de tiempo que a pesar de no concordar exactamente con la realidad da certeza de que en ese lapso ella se dio, habrá de tomarse como referente para el cálculo de los derechos laborales del trabajador.

En sentencia de 27 de enero de 1954, precisó el Tribunal Supremo:

<Si bien es cierto que la jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante en el sentido de que cuando quien debe demostrar el tiempo de servicio, y el salario devengado, no lo hace, no hay posibilidad legal para condenar al pago de prestaciones, salarios o indemnizaciones, es también evidente que cuando de las pruebas traídas a juicio se puede establecer sin lugar a dudas un término racionalmente aproximado durante el cual el trabajador haya servido, y existan por otra parte datos que permitan establecer la cuantía del salario devengado, es deber del juzgador desentrañar de esos elementos los hechos que permitan dar al trabajador la protección que las leyes sociales le garantizan>.

En el sub examine se conocen el año y el mes, pero no el día en que empezó y terminó la relación; de acuerdo con el criterio anterior, habría de entenderse como probado el extremo inicial del vínculo laboral a partir del último día de noviembre del año 2000, y como extremo final, el señalado por el actor en la demanda, es decir, el 23 de diciembre de ese año, por estar dentro del espacio temporal que quedó probado. Así, se habría establecido que el contrato tuvo vigencia entre el 30 de noviembre y el 23 de diciembre de 2000” (resalta la Sala).

*En tales condiciones, si se trata de la fecha de ingreso, teniendo únicamente como información el año, se podría dar por probado **como data de iniciación de laborales el último día del último mes del año**, pues se tendría la convicción que por lo menos ese día lo trabajó. Empero frente **al extremo final, siguiendo las mismas directrices, sería el primer día del primer mes**, pues por lo menos un día de esa anualidad pudo haberlo laborado» (subraya fuera de texto)*

De cara a lo anterior, habrá declararse que el convocante a juicio se encontró vinculado mediante un nexo contractual de carácter laboral, del 31 de enero al 1° de junio de 2018 y con una retribución salarial equivalente a los turnos ejecutados, que al ser 5 al mes, corresponde a \$350.000.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En consecuencia, se fulminará condena por las acreencias laborales reclamadas durante todo el interregno del vínculo, que en lo relativo a cesantías concierne a \$118.611, por intereses a las cesantías el valor de \$39.537, por vacaciones la suma de \$59.305 y por prima de servicios el total de \$118.611.

Sin que se configuren los presupuestos para imponer la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, en la medida que las mismas debían ser entregadas directamente al trabajador conforme el numeral 4º, artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

DOTACION LABORAL

Esta prestación de suministro de calzado y vestido para los trabajadores fue consagrada por el legislador tanto en el sector privado como en el sector oficial, para el desempeño de funciones o de trabajo, y en relación con la misma, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en forma por demás reiterada y al unísono ha señalado que ella no admite compensación en dinero en el evento en que no se suministre a tiempo por cuanto ya no se disfrutó o usó con ocasión a la prestación del servicio, y por ende al trabajador demandante, no le queda más que solicitar no la entrega tardía de dicho vestuario sino los perjuicios sufridos por su no entrega.

Para tal efecto es del caso traer a colación, como oportunamente lo hace el A Quo, lo expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de Casación laboral, Sent. 10400 de abril 22 de 1998, Magistrado Ponente Dr. FRANCISCO ESCOBAR HENRIQUEZ, que señalo entre otros puntos, lo siguiente:

«El objetivo de esta dotación es que el trabajador la utilice en las labores contratadas y es imperativo que lo haga so pena de perder el derecho a recibirla para el periodo siguiente. Se deriva por tanto que a la finalización del contrato carece de todo sentido el suministro pues se reitera que él se justifica



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

en beneficio del trabajador activo, mas en modo alguno de aquel que se halle cesante y que por obvias razones no puede utilizarlo en la labor contratada. De otra parte no está previsto el mecanismo de la compensación en dinero y, antes por el contrario, el legislador lo prohibió en forma expresa y terminante en el Art. 234 del Código Sustantivo”.

“No significa lo anterior que el patrono que haya negado el suministro en vigencia del vínculo laboral, a su terminación quede automáticamente redimido por el incumplimiento, pues ha de aplicarse la regla general en materia contractual de que el incumplimiento de lo pactado genera el derecho a la indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable y en favor de la afectada. En otros términos el empleador incumplido deberá la pertinente indemnización de perjuicios, la cual como no se halla legalmente tarifada ha de establecerla el Juez en cada caso y es claro que puede incluir el monto en dinero de la dotación, así como cualquier otro tipo de perjuicios que se llegare a demostrar.

“En suma, el suministro de calzado y de vestido de labor como obligación laboral en especie no se debe a la terminación del contrato de trabajo, de forma que su incumplimiento no puede generar la indemnización por falta de pago prevista por el Art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo en tanto este derecho supone que al fenecimiento del nexo no se paguen los salarios y prestaciones debidos. En cambio, la insatisfacción de las dotaciones ocasiona la indemnización ordinaria de perjuicios, cuyo monto por su propia índole tampoco puede dar lugar a la sanción moratoria en caso de retardarse su pago una vez culminado el vínculo laboral”.

Siguiendo las enseñanzas de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, el demandante en vez de solicitar las dotaciones, han debido reclamar los perjuicios sufridos por el no suministro de las dotaciones, empero, al no solicitarlo de esta forma, ni tampoco acreditar en el juicio la causación de los perjuicios por la falta de entrega de las referidas dotaciones, y como era al demandante a quien le incumbía la carga probatoria de los perjuicios (art. 177 del C.P.C.) y no lo hizo, la absolución con respecto a las súplicas de la demanda no se hacía esperar.

DOMINICALES Y FESTIVOS

Pretende la se condene al demandado al pago de los dominicales y festivos que aduce haber laborado al servicio de la demandada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

No obstante, de las pruebas obrantes en el proceso y ya analizadas conforme lo dispone el artículo 60 CPL, es claro que el actor no dio cumplimiento a la carga probatoria que le incumbía de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del CGP; como quiera que la documental aportada así como los testimonios rendidos, nada informan en relación con el referido trabajo suplementario.

De acuerdo a lo anterior, conforme lo ha indicado esta Corporación en forma reiterada, la comprobación del trabajo de las horas extras, dominicales y festivos corresponde al demandante bajo los postulados del artículo 167 del CGP, así mismo, conforme lo ha sostenido la jurisprudencia de antaño atendiendo lo esbozado por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral, que sobre el tema ha señalado:

“... Para determinar el trabajo suplementario, la prueba en que se apoye debe ser de tal contundencia, claridad y precisión, que de ella fluya sin mayores esfuerzos, la cuantificación de la realización de labores en tales circunstancias y su valoración económica; quedando vedado al operador judicial, realizar “ cálculos o suposiciones para deducir un número probable de horas extras trabajadas...” (sent H. Corte Suprema de Justicia de marzo 2/94).

Siendo importante también acudir a la cita que hizo el Juzgado de primera instancia, en cuanto a la valoración medios probatorios para definir la realización de labores en días de descanso obligatorio, así: “...Admitiendo que el trabajador laboró en días domingos y festivos y que ese trabajo corresponde al lapso de tiempo fijado en la demanda entre dos fechas determinadas, el número de unos y otros no puede calcularse tomando calendarios o almanaques correspondientes a esos años y sumando los domingos y festivos que de ellos resultan, pues tales calendarios constituyen medios de prueba ajenos al proceso, dentro del cual no se llevó a efecto Inspección Judicial, ni dictamen pericial destinados a precisar dicho número...” (cas 23 de nov./1972)”

De tal manera, según se desprende de las pruebas que obran en el plenario, no existe el suficiente sustento para determinar el número de dominicales y festivos trabajados en cada mes, de haber ocurrido, y no se puede partir de suposiciones o cábalas, y menos aún, acudir a calendarios para establecer el número de días en que se prestaron turnos en jornada superior a la establecida,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En este orden, lo procedente es entonces la absolución.

APORTES A SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

Por regulación del Art. 22 de la Ley 100 de 1993, el empleador es el responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio, por lo cual corresponde a éste descontarle al trabajador el valor que le corresponde; finalmente expresa la disposición que *«el empleador responderá por la totalidad del aporte aún en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador»*.

Así, declarado el nexo contractual por los periodos del 31 de enero al 1° de junio de 2018, era deber del empleador realizar los pagos pertinentes a seguridad social en pensiones, motivo por el cual, al no obrar prueba que corrobore el cumplimiento de tal deber legal, quien adicional se encontraba con la obligación de exponer su consumación bajo los lineamientos del artículo 167 del CGP, derivado de la negación indefinida impuesta por la accionante, es que habrá de imponerse condena a título de aportes en seguridad social en pensiones por todo el lapso contractual y a razón de un salario mensual equivalente a \$350.000 por 5 turnos al mes, previo cálculo actuarial que, para el efecto, expida el fondo pensional al que se encuentre afiliado la demandante. Dicho pago deberá realizarse a plena satisfacción de la entidad pensional, conforme al cálculo actuarial que esta última genere.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO

Tal como se mencionó al inicio de las consideraciones, debe reiterarse que es a la parte que alega la configuración de un supuesto de facto, quien se encuentra compelida a probar suficientemente el acaecimiento



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de tal circunstancia, carga probatoria que no muta o releva de demostrar quien dio paso al fenecimiento de un contrato.

Así, en el presente asunto se advierte la carencia de legajo que permita inferir, documentalmente, la terminación del contrato así como el extremo que dio lugar a su acaecimiento, en tanto reseña el reclamante jurisdiccional que ello se realizó de manera unilateral por la pasiva. Sin embargo, de la comprobación de los elementos de convicción incorporados a juicio, a fin de ratificar la construcción de la tesis pretendida, nada dicen al respecto.

Al punto, nótese como tal acotación solo cuenta con manifestación en el *libelo* de demanda, pero sin que tuviera trascendencia al plano probatorio, incumplándose con el parámetro del párrafo único del artículo 62 del CST, que a la letra señala «*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*».

Aunado a ello, la H. Corte Suprema de Justicia ha advertido de manera extensa y reiterada, que en tratándose de asuntos como el presente, donde se exterioriza un fenecimiento sin justa causa y unilateral por quien contrata, le atañe al trabajador probar la terminación del mismo, como se evidencia de la sentencia SL 339 rad. 54699 de 21 de febrero de 2018, al señalar:

«Sobre la carga de la prueba en tratándose de terminaciones del contrato de trabajo invocándose justa causa, en donde el trabajador alega en su demanda la inexistencia del motivo invocado por el empresario, la Corte he señalado:

(...)

*En el campo laboral, en forma por demás reiterada, esta Sala de Casación tiene adoctrinado que, **en materia de despidos**, sobre **el trabajador gravita***



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la carga de demostrar que la terminación del contrato fue a instancia del empleador, y a éste, si es que anhela el éxito de su excepción, le corresponde demostrar que el despido se basó en las causas esgrimidas en el documento con el que comunicó su decisión. CSJ SL 29 ene. 2014, rad. 43105

(...)

Por manera que, al no demostrarse quien dio lugar a la terminación del contrato y bajo que supuestos de hecho, las demás pretensiones derivadas de la posible desvinculación sin justa causa, no saldrán adelante.

COSTAS.

Se revoca la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, para que en su lugar lo estén a cargo de la parte demandada, 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 proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 16 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar, **DECLARAR** que entre **ARGEMIRO CRUZ VARGAS** y **EDGAR HUMBERTO ARDILA RIVEROS** existió un contrato de trabajo entre el 31 de enero al 1º de junio de 2018, atendiendo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a **EDGAR HUMBERTO ARDILA RIVEROS** a consignar a la administradora de fondos de pensiones en que se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

encuentre afiliado el demandante, el valor correspondiente a los aportes a pensión por el interregno del 31 de enero a 1° de junio de 2018 y teniendo como ingreso base de cotización el salario de \$350.000 a razón de 5 días al mes, previo calculo actuarial que emita la AFP, conforme a las consideraciones de la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a EDGAR HUMBERTO ARDILA RIVEROS a pagar a ARGEMIRO CRUZ VARGAS la suma de:

- a) \$118.611 por concepto de cesantías
- b) \$39.537 a título de intereses a las cesantías
- c) \$118.611 por prima de servicios
- d) \$59.305 por vacaciones compensadas

CUARTO: ABSOLVER a EDGAR HUMBERTO ARDILA RIVEROS de las demás pretensiones incoadas en su contra y, a LUIS ALBERTO VILLAR RIVEROS de todas las pretensiones del escrito de demanda.

QUINTO: COSTAS. Revocar la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, para que en su lugar lo estén a cargo de la parte demandada **EDGAR HUMBERTO ARDILA RIVEROS**, liquidense en primera instancia. 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.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', written over a horizontal line.

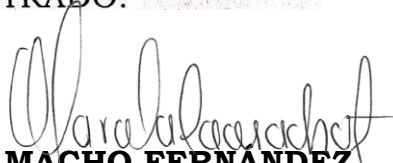
EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



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 **ALBA LUZ PAVA GUERRERO** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, EL **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, 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 veintisiete (27) días del mes de noviembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

1. 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

AUTO

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 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,

SENTENCIA

DEMANDA: La señora **ALBA LUZ PAVA GUERRERO** 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 Colmena S.A., hoy Protección S.A., el 20 de agosto de 1996 y las que se dieron con posterioridad a aquella; en consecuencia, solicita se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tenerla vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca hubiese existido el traslado. (fl. 3).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 a 5 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 10 de febrero de 1961; que el 12 de junio de 1995, suscribió formulario de afiliación ante la AFP Colpatria, misma que no cobró vigencia en tanto la cotizaciones se comenzaron a realizar ante la AFP Colmena a partir del mes de octubre de 1996; que el 20 de agosto de 1996 realizó traslado de régimen pensional desde la Caja Nacional de Previsión Social a la AFP



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Colmena S.A; que al momento del traslado el asesor de Colmena no le brindó información, clara, completa y oportuna a cerca de las ventajas y desventajas que existe entre uno y otro régimen pensional; que se le prometieron condiciones y beneficios superiores en el RAIS a los que percibiría en el RPM; que el 26 de octubre de 1999, se trasladó horizontalmente en el régimen de ahorro individual para esta vez vincularse a la AFP Porvenir S.A; que Porvenir S.A., le realizó una proyección pensional en la que se le indicó que su prestación equivaldría a un salario mínimo legal mensual vigente; que efectuada la simulación pensional en el RPM, se obtuvo una mesada pensional en cuantía de \$2'248.834; que radicó reclamación administrativa el 26 de abril de 2018, sin que Colpensiones haya desatado su petición.

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 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, sumó a ello, que la actora no es beneficiaria del régimen de transición lo que le impide trasladarse en cualquier tiempo entre los regímenes pensionales, situación que se acompasa con la prohibición contenida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos y la innominada o genérica. (fl. 73 a 77).

A su turno, la 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 resulta procedente la declaratoria de la ineficacia de la afiliación por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cuanto no existe vicio alguno en el consentimiento de la afiliada, afirmó que la información que la AFP suministró a la demandante se ajustó a aquella que por ley se le imponía a las AFP para el momento del traslado, sin que pueda exigirse cargas adicionales a la allí establecida. **Excepciones:** Formuló 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. 103 a 108).

A su turno, la accionada **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones que fueron formuladas en su contra, al considerar que, todos los formularios de afiliación suministrados por la sociedad cumplen los requisitos establecidos en el Decreto 692 de 1994, por lo que el acto de vinculación cuenta con plena validez, sumó a lo anterior, que no se puede predicar vicio alguno en el consentimiento por error o falta de información, en tanto la demandante realizó el traslado de forma libre y voluntaria. Por último, señaló, que no resulta procedente acceder a las aspiraciones de la demandante, en tanto el inconformismo de aquella se basa en un aspecto meramente económico que no vicia el consentimiento. **Excepciones:** Formuló los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos del sistema general de pensiones, traslado de aportes a Porvenir, prescripción y la innominada o genérica. (fl. 133 a 157).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 16 de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

septiembre de 2020, resolvió **declarar** la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS con fecha de 20 de agosto de 1996 administrado por la AFP Colmena hoy Protección S.A, y en consecuencia declarar como afiliación válida la del RPM administrado por Colpensiones; **condenar** a la AFP Porvenir S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos los frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora; **ordenar** a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante y actualizar su historia laboral; **declarar** no probados los medios exceptivos propuestos por las demandadas y **condenar** en costas a las dos entidades demandadas. (fl. Cd. 273)

Lo anterior por considerar el *a quo* que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de las AFP demandadas, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el sub examine, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante, las circunstancias particulares de su decisión, en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que en el presente asunto se debió estudiar la ineficacia y no la nulidad de la afiliación y traslado, en tanto la parte actora no ejerció actos que sugirieran su no intención de continuar vinculada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, suma que no se acreditó vicio alguno que pudiese afectar el perfeccionamiento del acto jurídico celebrado por las partes en los términos del Código Civil Colombiano y el Código de Comercio.

A su turno, el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, censuró la decisión adoptada por la sentenciadora de primera instancia, al considerar que, no se acreditó la existencia de algún vicio en el consentimiento como fuerza o dolo para que se declare la nulidad del traslado de afiliación, sumó a ello, que la actora se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003, lo que le impide trasladarse en cualquier tiempo entre los regímenes existentes. Por último, señala que no es dable condenar a la devolución de gastos de administración en tanto los mismos se encuentran consagrados en la Ley 100 de 1993, y en el evento de considerarse lo contrario, hay que advertirse que sobre dichos gastos opera el fenómeno extintivo de la prescripción.

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 concedida, la parte accionante allegó escrito de alegaciones de conclusión, en el que petitionó se confirme la sentencia de primera instancia con base a que tiene derecho a que se le declare la ineficacia y/o nulidad del traslado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

efectuado el día 20 de agosto de 1996 con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Colmena hoy Protección S.A. y los posteriores traslados entre AFP, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situación personal y concreta de la demandante.

Parte demandada: la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones peticiona la revocatoria de la sentencia apelada, al considerar, en esencia, que en ningún momento al interior del proceso se probó vicio del consentimiento que decanten en la anulación del acto jurídico, sumado a que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual. Por último, señaló que la parte demandante no es beneficiaria del régimen de transición y se encuentra inmersa en la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 1993, lo que le impide retornar en cualquier tiempo al RPM.

La sociedad Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., peticiona la revocatoria de la sentencia apelada, al considerar que en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz, sumó que no es posible acudir de forma indiscriminada entre las normas existentes para resolver el asunto, pues ello atenta contra el principio de inescindibilidad de las normas, aunado a ello, refiere que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la entidad sí aportó todas las pruebas que tenía en su poder para demostrar que la vinculación se dio de forma libre y voluntaria por parte del afiliado. Por último, señaló 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 otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico.

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 folio 18 del informativo.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por la demandada 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



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

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 ALBA LUZ PAVA GUERRERO al régimen de ahorro individual administrado por COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., y las que se dieron con posterioridad a aquella, 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 de la demandante (fl. 12); formulario de afiliación emitido por Colpatria (fl. 14 y 109); formulario de afiliación emitido por Colmena (fl. 15 y 161); formulario de afiliación emitido por Porvenir S.A. (fl. 16); reclamación administrativa (fl. 18); historia laboral emitida por Porvenir S.A. (fl. 42 a 51); formato 1 emitido por el Departamento de Boyacá (fl. 52); simulaciones pensionales (fl. 55 a 59); declaraciones extra proceso (fl. 61 a 65); historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 78); expediente administrativo (fl. 86); reporte Siafp emitido por Asofondos (fl. 110); relación histórica de movimientos emitida por Porvenir S.A. (fl. 111 a 121); relación de aportes emitido por Porvenir S.A. (fl. 122 a a 128); bono pensional emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 129 y 130); comunicados de prensa (fl. 131, 132 y 173 a 175); políticas de asesoría para vincular personas naturales (fl. 162 a 166); constancia de traslado de aportes emitido por Protección S.A. (fl. 107 a 110).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y 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



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

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

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

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

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

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

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



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

TEORIA DEL CASO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante reportó cotizaciones a la seguridad social por parte de la Gobernación de Boyacá a la extinta Caja de Previsión Social de Boyacá desde el 16 de marzo de 1993 al 31 de diciembre de 1995, tal como se desprende de la documental vista a folio 52 del informativo, seguido a ello, para luego trasladarse a la AFP Colmena hoy Protección S.A., el 27 de agosto de 1996 (fl. 161), a continuación, el 26 de octubre de 1999, realizó un traslado horizontal dentro del mismo régimen, para en esta oportunidad afiliarse a la AFP Porvenir S.A., tal como se desprende de la documental vista a folio 109 vuelto 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 Colmena S.A., hoy Protección 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. 161).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 «... Nosotros veníamos afiliados a la Caja de Previsión Departamental, la cual entró en liquidación, en ese momento aparecieron pues los fondos privados y nos prestaron una asesoría primero grupal, fuera de la Gobernación, fue en la Sala, no recuerdo muy bien, pero fue fuera de la Gobernación y posteriormente nos hicieron una asesoría individual mediante la cual nos aseguraban y nos decían que beneficios teníamos si nos afiliábamos con esos fondos. Dentro de los beneficios nos establecieron que nos podíamos pensionar a cualquier edad, no importaba el monto que hubiésemos aportado, que, si no, nos podían devolver los aportes que habíamos hecho digamos que habíamos realizado al fondo, además nos ofrecían unas garantías como préstamos para vivienda, préstamos para educación y los miles de maravillas que podían ofrecer los fondos». (Cd. Fl. 273).

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 Colmena S.A., hoy Protección 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 Colmena hoy Protección 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Suma señalar, que la omisión en la información veraz, oportuna y suficiente sobre las consecuencias del traslado, implícitamente engendran un vicio de consentimiento denominado dolo, como ya se advirtió, pues se indujo 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.

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 gastos 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 que dichos gastos se encuentran contemplados en la Ley 100 de 1993.

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.»



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

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»

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Establecido el derecho de la demandante a retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, corresponda a la Sala establecer si debe ser Colpensiones la entidad pensional a que le corresponde activar la afiliación de la demandante al citado régimen pensional.

Para resolver, debe precisarse que como se indicó en precedencia, la actora antes de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colmena S.A., se encontraba vinculada a la Caja Departamental de Boyacá, tal como se advierte de la documental que milita a folio 18 del informativo, misma que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tal como sucedió con la mayoría de las entidades de previsión del sector público, desapareció creándose así para tal fin las administradoras del régimen de prima media con prestación definida y los fondos privados de pensiones.

En virtud de la entrada en vigencia de la citada Ley 100 de 1993, y con la supresión de las Cajas de Previsión Social, mediante Ordenanza 17 de 3 de junio de 1995 nace el Fondo Pensional Territorial de Boyacá, el cual asumió los pasivos pensionales, prestacionales y las cesantías de la extinta Caja de Previsión Social de Boyacá, en lo atinente a aquellas personas que de conformidad con la ley tenían el tiempo de servicios pero que le faltaba cumplir la edad para adquirir la prestación pensional y que no hayan cotizado a pensión ante ninguna otra entidad pública o privada.

Entre tanto, en lo que refiere a las personas que se encontraban efectuando cotizaciones a seguridad social a la citada Caja de Previsión Social y que estaban en construcción del derecho pensional, tal como se previó en los Decretos Departamentales 796 de 29 de junio de 1995 y 1687 de 2001, por medio de los cuales se declaró insolvente en materia pensional a la entidad pensional ya antes referida y se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

suprimió la misma, se determinó como excepción a las obligaciones del recientemente creado Fondo Territorial de Pensiones del Departamento de Boyacá, la recepción de cotizaciones, ya que tal deber fue encomendado a la Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, esto es, el entonces Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones.

En tal virtud, al encontrarse la demandante efectuando cotizaciones a la suprimida Caja de Previsión Social al momento del traslado de régimen pensional, sin que se hubiese consolidado el derecho prestacional, diáfano resulta concluir que aquella debió continuar afiliada a seguridad social en pensión, ante la entidad pensional que para la fecha ostentaba la administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, esto es, Colpensiones; razón por la cual, se confirmará la decisión apelada frente a este aspecto.

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.

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 Colombiana de Pensiones –Colpensiones y el 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, para cada una.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 16 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ALBA LUZ PAVA GUERRERO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN 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 Colombiana de Pensiones –Colpensiones y el 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, para cada una.

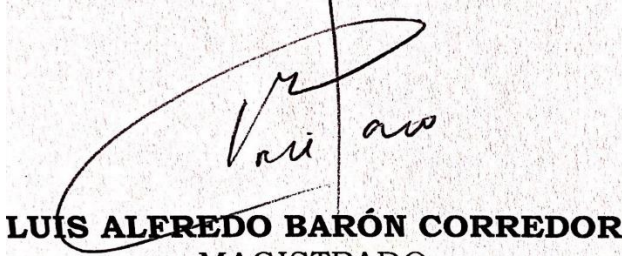
Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintisiete (27) días del mes de noviembre 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. 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

identificada con cedula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional 221.228 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. JOHANNA ANDREA SANDOVAL.

Así mismo, se otorga personería adjetiva a **Leidy Alejandra Cortes Garzón** identificada con cedula de ciudadanía No. 1.073.245.886 y tarjeta profesional 313.452 del C.S. de la J., para que actúe en representación de PROTECCIÓN S.A.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **HERNAN CORTES OLIVERA** a través de apoderado judicial, persigue se declare la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual; como consecuencia de lo anterior, se declare para todos los efectos legales que siempre ha permanecido afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES; ordenándose el traslado de los aportes realizados en el RAIS, junto con la condena en costas procesales, folio 3.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 a 4 vuelto de las diligencias, que en síntesis advierten que nació el 22 de mayo de 1956 e inició la realización de cotizaciones a pensión en el régimen de prima media desde el 5 de junio de 1978 al 31 de mayo de 1996, logrando un total de 732.71 semanas; relata que el 9 de febrero de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP PORVENIR S.A., pero sin que estuviera precedida de una decisión



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

informada, autónoma y consiente ante la ausencia de datos completos y veraces sobre las consecuencias de traslado de régimen y la forma que impactaría su mesada pensional. Resalta que el 1° de febrero de 2001 se vinculó con la AFP PROTECCIÓN S.A., por la entrega de una proyección pensional donde se le informó que la mesada pensional concernía a \$3´245.328 y en el régimen de prima media de \$2´975.000, calculado con un salario base equivalente al mínimo legal; diferencia favorable a ese sistema que fue ratificada en las reasesorias del 17 de enero de 2006 y del 29 de febrero de 2008. Precisa que las AFP tenían la obligación de documentar en forma clara y suficiente los efectos del traslado, lo cual no fue adelantado e implicó que elevará sendos derechos de petición que permitieran el traslado de régimen a través de la ineficacia del mismo, con la inclusión de los soportes documentales de la asesoría recibida, pero sin que fueran acogidos los reclamos al aducir PORVENIR S.A. que la misma se brindó de manera verbal. Señala que el 28 de agosto de 2018 radicó ante COLPENSIONES solicitud de nulidad del traslado y retorno a esa administradora, la que a la fecha de interposición de la demanda no ha concedido respuesta. Finalmente indica que entre lo aportado en COLPENSIONES y en el RAIS, logró 1424,86 semanas.

CONTESTACIÓN: La convocada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al anunciar que el origen de la presente acción no es la falta de información sino la inconformidad en la mesada pensional, lo que implica una afectación y sobrecarga el Régimen de Prima Media al buscar beneficios y dineros de los afiliados que hacen parte de ese régimen. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados falta de legitimación en la causa por pasiva; 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

en instituciones administradoras de seguridad social de orden público; buena fe y, las que resulten probadas en el curso de las diligencias, folios 79 a 89.

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que el traslado es válido por estar precedido de una asesoría provista de información oportuna, veraz y con elementos de juicio objetivos para la toma de una decisión transparente, tal como lo dispone el numeral 1°, artículo 97 del Decreto 663 de 1993. **Excepciones:** elevó como medios exceptivos los denominados prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por inexistencia de causa e inexistencia de la obligación; buena fe, folios 134 a 154.

Finalmente, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, presentó su rechazo a cada una de las pretensiones elevadas en su contra, aduciendo que para el efecto que el traslado es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza, como da cuenta la firma del formulario de afiliación. **Excepciones:** elevó como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; y reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, folios 172 a 186.

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 25 de agosto de 2020, resolvió **declarar** la nulidad



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

del traslado de régimen pensional efectuado por el accionante al RAIS el 9 de febrero de 1999, por intermedio de la AFP PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida; **condenar** a la AFP PROTECCIÓN S.A. por ser la AFP a la cual se encuentra afiliado el actor hasta la declaratoria de nulidad dictada en este fallo, a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de HERNAN CORTES OLIVERA a COLPENSIONES; **condenar** a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media y a actualizar su historia laboral; **declarar** no probadas las excepciones propuestas y, **condenar en costas** a las demandadas (CD folio 235).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que de las documentales incorporadas a las diligencias no se logra vislumbrar que, para el momento del traslado, se concediera información completa y veraz, junto con las reales implicaciones de su ingreso al RAIS, pues ello se juzga para el momento del traslado y no con posterioridad.

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 se está frente a un acto válido, del cual se denota el conocimiento del sistema ante los diversos traslados realizados en el mismo RAIS, conduciendo a una ratificación conforme lo disponen las normas civiles y la Corte Suprema de Justicia, dando paso al saneamiento de la nulidad.

A su turno, la **AFP PORVENIR S.A.** presentó **disidencia a la sentencia de primer grado** colocando de presente que, la firma del formulario de afiliación es una manifestación expresa de la intención



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de traslado, el cual cumple con los requisitos dispuestos por el Decreto 692 de 1994. Repara que bajo las normas vigentes para la época de la de la movilidad, era imposible realizar un cálculo de la mesada pensional y no contaba con algún derecho adquirido o beneficio; lo que hace evidenciar la falta de acierto en la imposición de obligaciones que sólo nacieron con normas posteriores. Indica que no existe norma que avale la ineficacia un traslado por falta de información, careciendo de sustento legal la orden de la sentencia; máxime, a que el accionante como consumidor financiero tenía la obligación de indagar sobre el derecho pretendido, en tanto, el propósito del cese de efectos del traslado es tener un rubro superior.

Finalmente, la **administradora PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación**, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que la comisión de administración y la prima de seguro son descuentos autorizados por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, como emolumentos que operan en ambos regímenes y, al disponerse su entrega al accionante, se avalaría un enriquecimiento sin justa causa. Resalta que las ganancias obtenidas en la cuenta individual del accionante, lo fueron por la buena administración de ese ente, debiendo quedarse todos los rendimientos financieros en el régimen de ahorro individual. Señala que bajo la determinación de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 2008, la nulidad del traslado no implica la retroactividad que señala la norma civil y, que bajo el concepto de la Superintendencia Financiera, los seguros no se pueden retornar al ser girados aun tercero de buena fe.

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 petitionó la confirmación del fallo de primer grado, en la medida que la *«AFP Porvenir, tenía la obligación de brindar información a lo largo de todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute de la mesada pensional, debiendo proporcionar a sus afiliados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y el afiliado, en especial la relacionada con la pérdida de garantías»*, sin que lo realizara.

Parte demandada: La convocada **PORVENIR S.A.** reclamó la absolución, indicando que el traslado efectuado por el demandante al régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

A su turno, la demandada **COLPENSIONES** solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, manifestando para el efecto que el traslado de la activa al RAIS tiene plena validez; en tanto, los medios probatorios *«conllevar a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual»*.

Finalmente, la AFP **PROTECCIÓN** manifestó que la condena de primera instancia que ordena devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual, más los rendimientos financieros generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración, constituye un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante, y adicionalmente ya se le están



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración realizada por PROTECCIÓN, por lo que tiene derecho a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor.

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 el 28 de agosto de 2018, a folios 39 y 41 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 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 realizada por HERNAN CORTES OLIVERA al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A., junto con el reintegro a Colpensiones de los gastos de administración.



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 del documento de identificación (folio 12), copia de las reclamaciones administrativas y si respuesta (fls. 13 a 15, 16 a 26, 30 a 35, 39 a 41), copia de los formularios de afiliación suscritos con Porvenir S.A. y Protección S.A. (folios 15 vuelto y 29), reporte de semanas cotizadas e historia de cuenta individual (fls. 35 vuelto a 38, 42 a 44), expediente administrativo obrante en las demandadas (folios 155 a 175, 191 a 213), interrogatorio de parte del demandante (medio magnetofónico folio 235).

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 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.



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 5 de junio de 1978 (folio 42), para luego trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 9 de febrero del 1999 (folio 15 vuelto y 160), con efectividad al 1° de abril de esa anualidad²; con posterioridad se movilizó a PROTECCIÓN S.A. el 1° de febrero de 2001 (folio 191); fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado y elevando cotizaciones al subsistema de seguridad social en pensiones (folio 198 a 200); 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 197.



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 folio 15 anverso y 160.

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, se advierte la ausencia de asesoría por el representante de PORVENIR S.A.; quien únicamente le mencionó que el Instituto de Seguro Social se encaminaba a una quiebra y, que solo en esa AFP tendría un mejor derecho con una pensión en cualquier momento, con una cuantía en salario mínimo y pudiendo retirar los montos sobrantes; pero sin denotarse una globalidad en las características y riesgos del sistema de ahorro individual, al punto que no le informaron el movimiento de los aportes y su inclusión en una cuenta individual, proyecciones, requisitos, la forma de inserción de los rendimientos, la existencia de bono pensional y sin que buscara retornar al Seguro Social, en tanto, en al movilizarse a Protección S.A. le adelantaron 3 cálculos pensionales a futuro donde siempre se proponía un rubro más benéfico en el RAIS (folio 235).

Dimanando en que las probanzas arrimadas a las diligencias no son suficientes para probar el consentimiento informado y sin que medie otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado; conducta omisiva que a todas luces demuestra una inducción en error a la 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

las condiciones pensionales del demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiaria 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 generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

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

Por otra parte, para la Sala pertinente resulta traer a colación lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, SL13873-2014 y SL1452 de 3 de abril de 2019, en lo que refiere a las consecuencias o efectos de la nulidad o ineficacia del traslado, oportunidad en la que la Sala indicó:

«... la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4689-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.



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».

Ahora, atendiendo el reparo que elevó Protección S.A. respecto a la orden de devolución de los gastos de administración y primas de seguros, 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...**»*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

(...)» (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 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. 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.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 25 de agosto del 2020 dentro del proceso ordinario laboral seguido por **HERNAN CORTES OLIVERA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN 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-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **CLARA PATRICIA MAYORGA TORRADO** 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 treinta (30) días del mes de noviembre 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: La señora **CLARA PATRICIA MAYORGA TORRADO** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a la AFP Porvenir S.A; en consecuencia, condenar al fondo privado a tener como nulo o ineficaz el formulario de afiliación que suscribió la demandante al RAIS; condenar a Colpensiones a tenerla como válidamente afiliada en el RPM. (fl. 40 y 41).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 41 y 42 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 26 de abril de 1960; que estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales desde el 14 de diciembre de 1983; que suscribió el formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A., el 30 de octubre de 2000, que se le informó que podía solicitar la pensión en cualquier tiempo; que el asesor le indicó que al momento de fallecer la pensión es heredable sin límite de edad para sus beneficiarios; que se le informó que tendría una rentabilidad más alta que la percibida en el ISS; que el fondo privado le realizó una simulación pensional, el cual para la fecha de traslado arrojó una mesada pensional en cuantía de \$854549 mientras que en el ISS sería de 829.879; que el 24 de enero de 2019, formuló petición ante Porvenir S.A., en la que peticionó la nulidad o invalidez del traslado, la cual fue desatada en la misma oportunidad por la sociedad demandada; que presentó reclamación administrativa ante Colpensiones el 31 de enero de 2019.

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 la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

traslado prevista en la Ley 797 de 2003, y que no es beneficiaria del régimen de transición para que pueda trasladarse en cualquier tiempo entre los regímenes existentes, sumó a ello, en el presente asunto no se acredita la existencia de vicio alguno en el consentimiento que invalide el negocio jurídico que celebró la actora con la AFP Porvenir S.A. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica. (fl. 58 a 66).

A su turno, la encartada **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en el escrito demandatorio al considerar, que en el presente asunto no se dan los presupuestos para declarar la nulidad o ineficacia del acto jurídico del traslado, en tanto el negocio jurídico versó sobre objeto y causa lícita, así mismo, afirmó que la demandante al momento de tomar la decisión contó con la debida información sobre las consecuencias de su traslado, cumpliendo la entidad con las obligaciones que para ese momento se le exigía de forma legal. **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. 92 a 110).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 22 de octubre de 2020, resolvió **declarar** nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante a la AFP Porvenir S.A., el 30 de octubre de 2000, con efectividad de 1° de diciembre de la misma anualidad; **declarar** válidamente vinculada a la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Colpensiones; **condenar** a la AFP Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto a sus rendimientos y los gastos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen, es decir, el 1 | de diciembre del 2000 y hasta el momento en que el traslado se cumpla, estos últimos deberán cubrirse con recursos propios del patrimonio de la administradora y devueltos debidamente indexados; **ordenar** a Colpensiones que una vez ingresen los valores en la cuenta de ahorro individual de la actora, actualice la información de su historia laboral para garantizar el derecho pensional de la accionante; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; **condenar** en costas a la AFP Porvenir S.A. (fl. Cd. 166).

Lo anterior por considerar el *a quo* que en el presente asunto, no existe causa lícita y objeto lícito al interior del negocio jurídico que celebró la demandante con la AFP Porvenir, pese a ello, se acreditó el interior del proceso que se omitió suministrar la información completa, precisa y cierta que le correspondía al fondo privado, en el ejercicio de la asesoría y buen consejo, brindar a la demandante, aspecto este que decanta en la acreditación del dolo y que conllevaría a la nulidad del negocio jurídico, sin embargo, a la luz de las enseñanzas de la Corte Suprema de Justicia, lo que se debe estudiar la eficacia del acto jurídico, el cual no se acredita con la simple suscripción del formulario de afiliación, sino que debe contar con la información suficiente que le permita tomar una decisión libre y voluntaria, aspecto este que no se acreditó en el *sub lite*.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandada **FONDO DE PENSIONES CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, elevó recurso de apelación contra la anterior determinación, en el que afirma como motivos de disidencia, que al momento en que la demandante tomó la decisión libre y voluntaria de trasladarse de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

régimen pensional, el fondo cumplió a cabalidad con las exigencias que imponía la legislación para la época de suscripción del formulario de vinculación, exigir la acreditación de requisitos diferentes a los allí dispuestos es imponer una carga jurídica imposible de asumir por parte de la entidad, sumó a ello, que a la demandante también le correspondía asesorarse para celebrar el negocio jurídico, aspecto que no ocurrió. Por último, no es de recibo la condena impuesta por concepto de devolución de gastos de administración, ya que, al declararse la anulación del acto, se entiende que Porvenir no gestionó dichos recursos, aunado a que dichos dineros tienen una destinación legal y ya fueron invertidos para la debida administración de los dineros de la actora.

En lo que atañe a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, aquella no formuló recurso alguno y se sujetó al grado jurisdiccional de consulta.

CONSULTA

En atención a que Colpensiones no formuló recurso alguno, se remitió el presente asunto a fin que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, a favor de la Entidad 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: Este extremo guardó silencio.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Parte demandada: la sociedad Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., peticona la revocatoria de la sentencia apelada, al considerar que para la fecha en que se materializó el traslado de la demandante no se encontraba en cabeza de las AFP el deber de buen consejo (Decreto 2555 de 2010), según el cual se deben estudiar de manera completa los antecedentes del potencial afiliado hasta llegar al punto de desincentivar la afiliación. Tampoco se encontraba en cabeza de las AFP el deber de doble asesoría (Ley 1748 de 2014), en el que además de exponer las características de los dos regímenes pensionales, se debe poner a disposición de los futuros afiliados herramientas financieras para hacer proyecciones pensionales, aunado a que en el devenir del proceso no se acreditó vicio alguno que permita invalidar el negocio jurídico que celebraron las partes. Por último, señaló que las sumas destinadas al pago de seguro previsional y los gastos de administración no deben ser trasladados al Régimen de Prima Media en la medida que, durante el periodo de afiliación la AFP cumplió con la finalidad de proporcionar al afiliado el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, es decir, se invirtieron conforme con la estructura del Régimen de Ahorro Individual.

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

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folios 11 a 13 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 CLARA PATRICIA MAYORGA TORRADO 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, cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 2); historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 4 a 9); simulación pensional emitida por Porvenir S.A. (fl. 10); reclamación administrativa (fl. 11 a 13); respuesta emitida por Colpensiones (fl. 15 y 16); historia laboral emitida por Porvenir S.A. (fl. 17, 18 y 158 a 161); relación de aportes emitido por Porvenir S.A. (fl. 19 a 22b); cálculo de pensión emitido por Porvenir S.A. (fl. 23 y 24); petición radicada ante Porvenir S.A. (fl. 25 y 26) respuesta emitida por Porvenir S.A. (fl. 30, 31 y 150 a 156), formulario de afiliación (fl. 32 y 157); publicación de prensa (fl. 33); reporte Siafp emitido por Asofondos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

(fl. 111 a 114); certificación emitida por Porvenir S.A. (fl. 115); relación histórica de movimientos emitida por Porvenir S.A (fl.116 a 139); bono pensional emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 140 a 149).

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar que:

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo, 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).

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».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

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

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

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

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

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

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

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

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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

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

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

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

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

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

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

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

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

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

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

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

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

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

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

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de 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 14 de diciembre de 1986 tal como se advierte de la historia laboral que reposa a folio 4 del informativo, para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 30 de octubre de 2000 (fl. 32), aspectos que se pueden confirmar con la información contenida en el reporte Siafp emitido por Asofondos y que reposa a folios 110 a 114 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 Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 32).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues al ser reiterativa en afirmar que *«Pues básicamente primero me dijo que el Seguro Social, y eso era lo que se decía en ese momento, que el Seguro Social se iba a acabar, que con base a eso me podía ofrecer esta alternativa de los fondos de pensión. ¿Qué cosas me explicó? Que yo iba a tener, cuando me fuera a pensionar, primero que todo que yo me podía pensionar a cualquier edad, que yo iba a tener mi pensión que iba a corresponder al 90% de lo que estaba devengando en el momento de pensionarme, que mi bono pensional, que mi pensión perdón, me podía pensionar en cualquier momento, ¿qué más me dejó? Que mi bono pensional iba a tener mejores rendimientos que el del Seguro Social, básicamente esas son las cosas que me acuerdo»*, y luego al cuestionársele de las razones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que la llevaron a trasladarse aquella afirmó que *«Yo lo hice en base a la información que recibí en ese momento, la información parece no fue suficiente porque en ningún momento me indicaron los riesgos que podía yo correr al momento de... no me los explicaron»*, sin que más allá de ello se le indicara asesoría alguna diferente. (Cd. Fl. 166).

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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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.

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 que al declararse la anulación del acto se entiende que Porvenir no gestiona dichos recursos, aunado a que dichos dineros tienen una destinación legal y ya fueron invertidos para la debida administración de los dineros de la actora.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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 cubre 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»

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 emana 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.

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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 apelante AFP 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 Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 22 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **CLARA PATRICIA MAYORGA TORRADO** 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 apelante AFP 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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Barón', is written over a light-colored, textured background. The signature is fluid and cursive.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Diana Marcela Camacho Fernández', is written over a light-colored, textured background. The signature is fluid and cursive.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ALVARO SANCHEZ CABRA** 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 veintisiete (27) días del mes de noviembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **LEIDY CAROLINA FUENTES SUAREZ,**

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

identificada con cedula de ciudadanía No. 1.049.614.551 y tarjeta profesional 246.554 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 **ALVARO SANCHEZ CABRA** a través de apoderado judicial, pretende se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de INVERTIR FUTURO PENSIONES ahora PORVENIR S.A. por omisión en el deber de información; como consecuencia de lo anterior, se condene a PORVENIR S.A. a la ineficacia del tránsito al RAIS con el traslado a COLPENSIONES de los aportes realizados, bonos pensionales, sumas adicionales con sus respectivos frutos e intereses, debiendo COLPENSIONES aceptar dichos aportes y al afiliado sin solución de continuidad desde el 11 de marzo de 1985, costas y agencias en derecho, folios 87 y 88 del archivo 01-expediente digital. Dentro de la reforma del libelo de la demanda, reclamó igualmente la ineficacia del traslado horizontal realizado mediante ING hoy PROTECCIÓN S.A. (folios 276 y 277).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 88 a 97 y, 277 a 287 de las diligencias², manifestando en síntesis que nació el 24 de enero de 1955 e inició sus cotizaciones para los riesgos de vejez, invalidez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales el 11 de marzo de 1985; administradora a la cual permaneció hasta el 10 de mayo de 1994 cuando se trasladó a la AFP INVERTIR FUTURO

² Conforme el archivo 01-expediente digital.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PENSIONES ahora PORVENIR S.A. Señala que tal movilidad se adelantó por la omisión de asesoría e información sobre las implicaciones del abandono del RPM, como la disminución en la mesada pensional por diferencia en el cálculo, inclusión de bono pensional y saldo en la cuenta individual, sin entrega de proyección futura sobre el cálculo de las cotizaciones o la posibilidad de retorno, y aduciendo las dificultades del Seguro Social que implicarían la pérdida de la pensión de vejez, así como le manifestó que lograría tal prestación a cualquier edad. Resalta que al darse datos sesgados se vició el consentimiento del actor, lo cual continuó para el momento del traslado a ING hoy PROTECCIÓN S.A., que lo fue realizado en julio de 1997; que a la fecha de la presentación de la demanda contaba con mas de 1500 semanas de cotización, razón por la cual solicitó el reconocimiento de la pensión al fondo privado, el cual estimó su mesada pensional en valor de \$1'569.100 cuando su promedio salarial mensual atañe a \$5'000.000, rechazando por éste tal asignación salarial. Agrega que solicitó la invalidación de su afiliación y el regreso a COLPENSIONES ante las demandadas, sin embargo obtuvo respuesta negativa por ambas entidades.

CONTESTACIÓN: La convocada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, adujo su rechazo al *petitum demandatorio* y su reforma, al anunciar que el demandante se vinculó de manera libre y voluntaria, resultando plenamente valido el contrato de afiliación por no estar inmerso en causal alguna que conduzca a nulidad e ineficacia. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; no procedencia al pago de costas en instituciones administradores de seguridad social del orden público; saneamiento de la nulidad alegada; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios; no configuración al pago de IPC, ni de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

indexación ni reajuste alguno; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria; descapitalización del sistema pensional y, las que resulten probadas en el curso del litigio, folios 153 a 178, 414 a 455.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** manifestando su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que el traslado se efectuó con el lleno de los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, así como las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia. **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 en el consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones; debida asesoría del fondo y, las que se prueben, folio 186 a 203, 468 a 477.

Finalmente, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** manifestando su rechazo a los reclamos invocados en su contra, aduciendo para el efecto que el negocio jurídico es válido y eficaz por lo que no existe causal de ineficacia o vicio en el consentimiento, ni aun ocultamiento de información. **Excepciones:** elevó como medios exceptivos los denominados validez de la afiliación al RAIS con PROTECCION; buena fe; inexistencia de vicio en el consentimiento por error de derecho; prescripción, y las que se prueben, folios 384 a 394, 456 a 465.

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 21 de septiembre de 2020, resolvió **absolver** a las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra y, **condenar** en costas a la parte demandante (archivo audio y video N°8-expediente digital).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, el demandante contaba con una ilustración suficiente del régimen de ahorro individual, pues se trataba de un gerente bancario que conocía el sector financiero y la fuerza económica que en este aspecto ostentan los bancos, por lo que no se trataba de un afiliado lego. Señala que aun en gracia de discusión, no se demuestra el perjuicio en el traslado o la disminución en la mesada pensional.

RECURSO DE APELACIÓN: La **PARTE DEMANDANTE** interpuso **recurso de alzada contra la anterior determinación**, aduciendo en síntesis que las demandadas no le dieron información veraz, clara, precisa, necesaria y comprensible sobre las implicaciones del traslado al régimen de ahorro individual, pues aun cuando el despacho manifiesta que el accionante obraba como gerente, para la época que fue hace 24 años, él no lo era y aun cuando pudiese conocer el sistema financiero, no por ello tenía datos de los fondos privados, pues de tenerlos se le hubiera hecho una proyección que a la fecha no se acerca ni a dos salarios mínimos, cuando en la última década ha cotizado sobre \$5'000.000 lo que acredita el perjuicio económico. Sin que se encuentre cubierto por una posible doble asesoría realizada por PROTECCIÓN S.A., o se entienda consumada por la firma del formulario ante la carencia de datos precisos y concretos según la Corte Constitucional. Concluye indicando que desconocieron lo expuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, artículo 37 del Decreto 633 del 93 y demás normas reglamentarias.

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 solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, aduciendo para el efecto que *«las demandadas, no probaron el cumplimiento de su obligación, de haber dado al Demandante la asesoría que resultara veraz, precisa, clara, comprensible para que este hubiera podido tomar una decisión consiente, informada sobre los efectos de su traslado y cambio de régimen, las ventajas y desventajas especialmente en la definición del monto de su pensión, evento que resultaba suficiente para que sin mayores elucubraciones, el señor Juez de primera Instancia, hubiera despachado favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado solicitada, pues las entidades administradoras de recursos de pensión demandadas, incumplieron con su deber legal y obligación de asesorar al Demandante, sobre los reales efectos del traslado de régimen pensional, las ventajas y desventajas y las implicaciones en la definición del monto de su pensión de vejez»*

Parte demandada: la demandada **COLPENSIONES** solicitó la confirmación del fallo de primera instancia, manifestando para el efecto que *«no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), ahora bien no encontramos frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el DEMANDANTE, PORVENIR Y PROTECCIÓN, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial»*.

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, se advierte la realización en debida forma el 9 de febrero de 2018, conforme al oficio adosado a folios 50 a 54 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 ALVARO SANCHEZ CABRA al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A.

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, reclamaciones administrativas y su respuesta (fls. 50 a 65), historia laboral consolidada y reporte de semanas cotizadas (fls. 66 a 75), proyección pensional emitida por PORVENIR S.A. (fls. 76 a 79), certificación laboral (folio 80), copia del documento de identificación (fls.82), expedientes administrativos obrantes en las demandadas (fls.204 a 238, 395 a 402, 466, 467 y carpeta N. 3 del expediente digital) e interrogatorio de parte absuelto por el demandante (archivo No.8 – Exp. Digital).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

«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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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:

«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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

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

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

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

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

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

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

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

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 los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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 deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

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

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

TEORIA DEL CASO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 11 de marzo de 1985 (archivo No.3 – exp. digital), para luego trasladarse a la AFP INVERTIR el 12 de mayo de 1994 (folio 233); luego se movilizó a DAVIVIR S.A. el 18 de junio de 1997 (fls 401 y 466), donde permaneció hasta que gestó un traslado horizontal a HORIZONTE el 3



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

de noviembre de 1999 (folio 234), continuando con un traslado a PROTECCIÓN S.A. el 2 de marzo de 2001 (folio 402), para luego incorporarse a PORVENIR S.A el 15 de septiembre de 2006 (folio 235); fondo éste último, en el cual se encuentra actualmente afiliado y elevando cotizaciones al subsistema de seguridad social en pensiones (folios 66 a 75 y 205); 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 INVERTIR que por fusión paso a ser HORIZONTE S.A., última que ahora corresponde a PORVENIR S.A.³ 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 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 233, contrario a lo considerado por el juez de primera instancia.

Referente al interrogatorio de parte rendido por el representante legal de PORVENIR S.A., este Juez Colegiado de segunda instancia nada disímil encuentra a lo invocado en la contestación de la demanda, al limitarse a referir el cumplimiento del deber de información por quien, en su entonces, fungió como administradora del aquí reclamante.

Ahora, en lo que atañe a las cualificaciones profesionales y laborales de ALVARO SANCHEZ CABRA, que sirvieron de sustento al *A quo* para

³ Folio 469



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

impartir la absolución del presente asunto, necesario es referir que no solo el cargo citado por el funcionario judicial incumbe a un escalafón obtenido con posterioridad por el accionante, en la medida que del formulario suscrito con la AFP INVERTIR el 12 de mayo de 1994 fluye innegable que, para esa calenda, denotaba el cargo de director de oficina de COOPSIBATE y no de gerente de una entidad bancaria; sino que, justo resulta resaltar que, los posibles conocimientos que llegare a tener para ese momento SÁNCHEZ CABRA, no solo reflejarían una concatenación de suposiciones por carencia de un medio de convicción que de cuenta de ello, aunado a que aun en gracia de discusión, no puede olvidarse que dentro del marco del régimen pensional y el posible acercamiento que se presente con el sistema financiero en el régimen de ahorro individual, no por ello puede traducirse que todas las características que engloban el RAIS son de manera directa e inherente a aquellas prerrogativas impuestas para la adquisición de la gama de productos que tiene un ente bancario, sumado a que las pautas para reconocimiento, cuantificación, permanencia, acceso y desventajas de los beneficios integrados en el Sistema de Seguridad Social en Pensiones – régimen de ahorro individual, eran los que debían ser informados al posible afiliado y no solo pautas financieras o de rendimientos, como al parecer lo entiende el juzgador de primer grado.

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.).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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...**»*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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:

«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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 PORVENIR S.A., aún permea los derechos 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 las demandadas, líquidense en primera instancia. En esta segunda instancia, sin costas dado el resultado de la alzada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 21 de septiembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado realizado el 12 de mayo de 1994 por **ALVARO SANCHEZ CABRA** 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 INVERTIR hoy PORVENIR 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 **ALVARO SANCHEZ CABRA**, como cotizaciones, rendimientos financieros, sumas adicionales y sin efectuar descuento por gastos de 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 **ALVARO SANCHEZ CABRA**, 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.



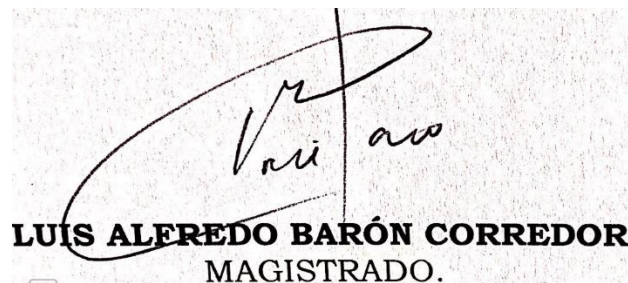
República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

QUINTO: COSTAS. Se revoca la condena en costas impuesta por el A-*quo*, para que en su lugar lo estén a cargo de COLPENSIONES, PROVENIR S.A. y PROTECCIÓN 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-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **CARLOS GUTIERREZ PUERTO** 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 veintisiete (27) días del mes de noviembre 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 **CARLOS GUTIERREZ PUERTO** a través de apoderado judicial, persigue se declare la nulidad del traslado de régimen adelantado al de ahorro individual, por una errada e inadecuada asesoría; como consecuencia de lo anterior, se ordene a **PORVENIR S.A.** trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, rendimientos y semanas cotizadas por el accionante, como si nunca se hubiere surtido el traslado; ordenar a COLPENSIONES a aceptar el traslado de CARLOS GUTIERREZ PUERTO al régimen de prima media, costas y agencias en derecho (folios 119 y 120).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 120 a 122 de las diligencias², que en síntesis advierten que nació el 19 de marzo de 1960 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales - I.S.S el 21 de mayo de 1985 donde permaneció hasta el 1° de enero de 1995, momento en el cual por una mala asesoría se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., en la medida que le fue informado la continuidad de los beneficios, el acceso a la pensión a menor edad con una mesada superior a la del Seguro Social. Manifiesta que a la fecha esta vinculado con PORVENIR S.A., entidad que no adelantó una adecuada asesoría profesional respecto de la posibilidad de regresar al RPM antes de cumplir los 52 años, quedando inmerso en la prohibición de la Ley 797 de 2003 y el Decreto 3800 de esa anualidad; que ha realizado un total de 1.600,38 semanas durante toda su historia laboral, de las cuales 479 atañen a COLPENSIONES. Expresa que solicitó a las demandadas el retorno a COLPENSIONES, misma que fue decidida de manera desfavorable, así como pretendió le fuera entregada información sobre la asesoría recibida, ante lo cual le fue informado que aquella se realizó de manera

² Conforme al archivo "11001310500520180048900.pdf" – Exp. Digital.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

verbal; que PORVENIR S.A. a través de comunicación del 6 de septiembre de 2017 le entregó simulación pensional que da cuenta de la clara diferencia entre el valor a percibir en el régimen de prestación definida y el RAIS, sin denotar que tal movilidad lo fue por el silencio guardado en lo atinente a los alcances negativos y posibles montos pensionales.

CONTESTACIÓN

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas, por considerar que dentro del expediente no obra prueba que de certeza de la inducción en error al accionante, de la presencia de un vicio en el consentimiento o nota de protesta que permita ingerir su inconformidad. **Excepciones:** elevó como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público y, las que se prueben en el curso de las diligencias, folios 166 a 191 – archivo 01 del expediente digital.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al puntualizar que se cumplieron todos los presupuestos exigidos en la ley para el momento del traslado, en la medida que fue solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, Decreto 2061 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, que las administradoras de fondos de pensiones adquirieron la obligación de asesoría e información. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados prescripción; cobro de lo no debido por ausencia de causa



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

y inexistencia de la obligación; buena fe y, compensación, folios 228 a 244 – archivo 01 del expediente digital.

Finalmente, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** manifestó su rechazo al *petitum demandatorio* en su contra, al indicar que la información suministrada se encuentra acorde con las disposiciones legales y la vigilancia y control ejercida sobre ellas por la Superintendencia Financiera de Colombia, acreditando que la decisión de traslado fue informada y consciente como da cuenta la suscripción del formulario de vinculación. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados prescripción; falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; buena fe; prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo; enriquecimiento sin causa y genérica, folios 282 a 300 – archivo 01 del expediente digital.

DECISIÓN

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 14 de agosto del 2020, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado efectuado por el demandante el 1° de febrero de 1995 del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad **condenar** a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores de la cuenta individual del demandante, que incluya cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otro concepto; **declarar** no probada la excepción de prescripción y, **condenar** en costas a PROTECCIÓN S.A. y PROVENIR S.A. (Archivo de audio y video N° 09- expediente digital).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, bajo los apremios de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Laboral, la pasiva no logró demostrar con las pruebas integradas al expediente ni aun del interrogatorio de parte del demandante, la entrega de información completa respecto al régimen de ahorro individual, deber que se encontraba desde la creación del sistema. Resaltó la carencia de prueba respecto de la notificación antes de encontrarse en la restricción impuesta por la Ley 797 de 2003.

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 bajo las pautas establecidas por la Corte Suprema de Justicia, lo propio era estudiar de manera particular el *examine*, atendiendo la ausencia de beneficios como el régimen de transición o de expectativas pensionales pues solo contaba con 34 años de edad y 444,11 semanas al 1° de abril de 1994, con lo cual se denota la falta de analogía a las determinaciones impartidas por CSJ. De las manifestaciones vistas en el interrogatorio de parte del accionante, se desprende la selección del régimen de manera voluntaria y por las ventajas ofrecidas, tales como una pensión a menor edad y la entrega por herencia de su ahorro, circunstancias que emanaron de las asesorías recibidas y, de contera, el cumplimiento del deber de información por la AFP para el año 1995 cuando no se requería la proyección pensional. Solicita se preste cuidado al nivel académico y profesional del demandante, pues con ello se puede evidenciar si se esta frente a un afiliado experto o uno lego, así al ser profesional GUTIERREZ PUERTO se concluye el conocimiento de un negocio jurídico que perduró hasta estar inmerso en la prohibición de retorno al régimen de prima media; restricción que tiene como fin la protección de la sostenibilidad financiera del sistema o una posible descapitalización del fondo solidario conforme la sentencia T1024 de 2014. Finaliza indicando la ausencia de vicio en el consentimiento y el yerro en el traslado de la carga de la prueba, pues



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

tal actuación solo puede proceder en circunstancias particulares, encontrándose demostrado únicamente la falta de cuidado del accionante en su calidad de consumidor financiero.

A su turno, la **AFP PORVENIR S.A.** manifestó su desconcierto con el fallo emitido, al anunciar en síntesis que la administradora COLMENA cumplió con el deber de información de manera completa, veraz y oportuna, como da cuenta la suscripción del formulario de vinculación, bajo las normas existentes para la época. Alude la improcedencia en la condena por gastos de administración y seguros previsionales, no sólo porque el accionante tuvo toda la oportunidad de trasladarse a COLPENSIONES sin que lo realizará, pese a contar con todos los canales de comunicación virtual y física para que se acercara y obtuviera datos respecto de su futuro pensional, así como es emocional e intelectualmente capaz de realizar negocios jurídicos y acatar sus obligaciones como consumidor financiero; sino porque, el Acto Legislativo 01 de 2005 busca la sostenibilidad financiera del régimen, la cual se afecta con la orden de reintegro en vulneración al principio de igualdad pues, de buscar que las cosas retornen a lo que eran inicialmente, lo propio era que se devolvieran también los rendimientos generados producto de la buena administración de la AFP, que tienen su génesis en los gastos de administración pagados. Señala que los seguros previsionales ya fueron cubiertos mientras estuvo afiliado a esa entidad, con el objetivo de resguardarlo por las contingencias de invalidez, vejez y muerte. Concluye indicando que no se afecta la pensión en ninguno de los dos regímenes y, que realmente, se está satanizando el régimen de ahorro individual al disponer la devolución con el propio patrimonio, cuando ya no existe ningún valor; sumado a que no se pretendió condena por perjuicios, pero si se esta castigando con la sentencia. Invoca el principio de buena fe, para demostrar que si se otorgó en debida forma la información al demandante.



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 la demandada *«la parte demandada NO LOGRO DEMOSTRAR de manera fehaciente e inequívoca que al momento del ACTO JURIDICO del traslado inicial de régimen pensional, le brindo a mi representado una asesoría pensional completa, integral, panorámica, imparcial y libre de vicios y/o presiones que pudieran haberle otorgado en su momento las herramientas necesarias para tomar una decisión libre, consciente y voluntaria, respecto a su futuro pensional»*.

Parte demandada: La convocada **PROTECCIÓN S.A.** solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, manifestando para el efecto que no existió ineficacia del traslado de régimen pensional, teniendo en cuenta que el demandante decidió voluntariamente y libre de presión, efectuar su traslado de régimen al R.A.I.S, bajo las normas vigentes al momento de efectuarse dicho traslado.

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, se advierte cumplimiento del material probatorio integrado a las diligencias, al elevarse reclamo a COLPENSIONES el 11 de septiembre de 2017, folio 71.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y, en estricta consonancia con los reparos invocados por Colpensiones y Porvenir S.A., junto con el grado jurisdiccional de consulta a favor del primero, 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 CARLOS GUTIERREZ PUERTO al régimen de ahorro individual administrado por COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente³, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de la cedula de ciudadanía (fls.57), reporte de semanas cotizadas e historia laboral consolidada (fls.58, 63 a 70), documento titulado Bono Pensional (fls.59 a 61), formulario de afiliación (fls.62, 152), reclamación administrativa y su respuesta (folios 71 a 76, 148 a 151), proyección pensional (fls.77 a 82), expediente administrativo obrante en la pasiva (fls.245 a 258, 301 a 352), e interrogatorio de parte absuelto por el demandante (*Exp. Digital* - archivo de audio y video No. 14).

³ La relación de pruebas documentales corresponde al archivo 01 del Exp. Digital.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, señaló:

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

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

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

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

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.



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 decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

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

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

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

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

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en 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 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 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 21 de mayo de 1985 (folio 58), para luego trasladarse a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., el 10 de enero de 1995 con efectividad al 1° de febrero de esa anualidad (fls. 115 y 245); seguido de un traslado horizontal a PORVENIR S.A. el 6 de diciembre de 1996,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

folios 62 y 326; administradora donde se encuentra actualmente vinculado y elevando cotizaciones al subsistema de seguridad social en pensiones (folios 302, 307 a 314, 328 a 334); supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura que la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN 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 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 115 y 245.

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 COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.; quien se limitó a informar que el Instituto de Seguro Social se encontraba a portas de cerrarse y, solo en esa administradora, como un grupo sólido financieramente hablando, podría obtener mayores beneficios que en el Seguro Social como una mejor mesada, pero sin comentarle modalidades de pensión, aportes voluntarios o que las cotizaciones irían a una cuenta individual.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

inducción en error al accionante por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., lo cual conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de antaño, se asimila al vicio del consentimiento por dolo, error en el objeto y de hecho (Art. 1508 y s.s del C.C.).

Por manera que, la administradora de fondos de pensiones PROTECCIÓN S.A. incurrió en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales de la demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiario del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al ser su obligación suministrar la globalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

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

Por otra parte, para la Sala pertinente resulta traer a colación lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, SL13873-2014 y SL1452 de 3 de abril de 2019, en lo que refiere a las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

consecuencias o efectos de la nulidad o ineficacia del traslado, oportunidad en la que la Sala indicó:

«... la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4689-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

Ahora, atendiendo el reparo frente a la devolución de los gastos de administración y demás sumas debitadas, esta Sala de Decisión confirma el proveído 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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«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.

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 estarán a cargo de los apelantes, se fijan como agencias en derecho la suma de \$600.000 pesos para cada una, liquídense en primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 14 de agosto de 2020 dentro del proceso ordinario laboral seguido por **CARLOS GUTIERREZ PUERTO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN 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 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 ALREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JUAN CARLOS CAÑÓN ROMERO** CONTRA EL **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. - BBVA.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintisiete (27) días del mes de noviembre 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 **JUAN CARLOS CAÑÓN ROMERO** a través de apoderado judicial, pretende se declare que la demandada lo despidió de forma unilateral y sin que mediara justa causa el 7 de marzo de 2016, con violación a lo dispuesto en el el proceso disciplinario contenido en la convención colectiva de trabajo suscrita por el BBVA y las Organizaciones Sindicales Sintrabbva, Aceb y Uneb; en consecuencia peticiona, se condene a la encartada al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa prevista en el artículo 64 del C.S.T., la indexación de las sumas reconocidas; lo que resulte probado ultra y extra petita; las costas y agencias en derecho . (fl. 10 y 11 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 7 a 10 de de las diligencias, en los que en síntesis advierte que el 14 de noviembre de 1997 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad Granahorrar hoy BBVA; que el cargo para el cual fue contratado fue el de Asesor de Visación; que fue ascendido a Cajero Auxiliar y su principal función era atender clientes; que se presentó a la vacante de Cajero Principal, para la cual fue elegido, oportunidad en la que tuvo el manejo de grandes sumas de dinero con un tope máximo de \$200.000.000; que luego fue ascendido al cargo de Asesor Comercial debiendo cumplir metas en aperturas de productos de captación y colocación; posteriormente pasó al Cargo de Supernumerario, cubriendo bacantes en otras oficinas en calidad de subdirector o subgerente; que para el año 2005, fue nombrado como subgerente de la Oficina Antiguo Country, por lo que respondía por la parte operativa; que nunca recibió llamado de atención ni sanción disciplinaria; que para los años 2004-2005, fue uno de los negociadores de la entidad en el pacto colectivo; que en la encartada existe simultáneamente pacto colectivo y convención colectiva; que en el año



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

2006, fue trasladado al cargo de Analista de la GLG Jurídica y Viajes; que en el 2009, pasó al área de apoyo a la gestión recuperatoria de la demandada; que entre el 2012 y el 2016, desempeñó el cargo de Profesional especializado en recuperación en la territorial Bogotá, en el que se le entregó un manual de funciones sin tener capacitación alguna al respecto; que el último salario devengado promedio fue el de \$3'470.601; que al regresar del periodo de vacaciones, se le entregó una comunicación calendada 17 de febrero de 2016, en la que se le citó a descargos para el día 23 del mismo mes y año; que a dicha diligencia fue asistido por Luis Antonio Guzmán Ferreira como representante de la Organización Sindical Bancaria; que al interior de la diligencia el representante del sindicato solicitó la prescripción de la acción disciplinaria y peticionó la aplicación del principio de buena fe; que para la época de los hecho se encontraba vigente la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el BBVA y las organizaciones sindicales Sintrabbva, Aceb y Uneb, correspondiente para el periodo 1° de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2018; que el Banco desconoció el procedimiento disciplinario contenido en el cuerpo del documento convencional; que el 7 de marzo de 2016, fue despedido por una presunta justa causa; que la demandada violó lo pactado en la convención colectiva.

CONTESTACIÓN: El demandado **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. - BBVA**, describió el traslado de la demanda, oportunidad en la que se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones formuladas en el escrito demandatorio, al considerar, en esencia, que en el presente asunto se configuró una justa causa para despedir por lo que no era necesario dar aplicación a un proceso disciplinario, sumó a ello, que al demandante previo a su despido se le puso en conocimiento todas las pruebas que demostraron la existencia de la falta cometida. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de las obligaciones y derechos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

reclamados, cobro de lo no debido, buena fe, pago y compensación, prescripción y la genérica. (fls. 169 a 199).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 9 de julio de 2020, resolvió **absolver** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda; **condenar** en costas a la parte demandante. (fl. Cd. 86246).

Lo anterior por considerar el *a quo* que en el presente asunto no es objeto de discusión la relación laboral que ató a las partes, pues la misma fue aceptada por las partes y así probada con la documental que reposa en el informativo, tampoco se discute la fecha de terminación del vínculo contractual y que el actor es beneficiario de la convención colectiva de trabajo. De este modo y como el debate jurídico gira en torno a sí al demandante se le vulneró el proceso disciplinario contenido en el cuerpo convencional, resulta probado en el informativo que de acuerdo al clausulado convencional, el trámite disciplinario no se contempló para los eventos de despido o terminación del contrato de trabajo, por lo que el despacho no puede acoger tal preceptiva al caso puntual del demandante, en tanto aquel fue despedido, tampoco se puede hablar de falta de inmediatez en la determinación acogida por el empleador, en tanto entre la fecha en que tuvo conocimiento de la falta y la de la ruptura del vínculo contractual, no transcurrió un tiempo prolongado.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante **JUAN CARLOS CAÑÓN ROMERO**, interpuso recurso de alzada, en el que solicita la revocatoria de la sentencia impugnada, al considerar, en esencia, que en el caso del demandante sí se debió acudir al proceso disciplinario contenido en la norma convencional, el cual fue desconocido por la demandada al trasgredir el término con el que contaba para iniciar el trámite sancionatorio,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

sumó a ello, que no se puede hablar de inmediatez en la decisión adoptada por el Banco, pues los hechos endilgados tuvieron cabida en los meses de enero, marzo, abril y octubre de 2015, y el despido se dio tan sólo en el mes de marzo de 2016.

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: La sociedad Banco BBVA, peticona la confirmación de la sentencia apelada, al considerar, en esencia, que resulta improcedente el reconocimiento de la indemnización a la que se refiere el artículo 64 del C.S.T., toda vez que el contrato de trabajo terminó con justa causa imputable al actor como consecuencia de las conductas irregulares del demandante, pasando por alto los controles y procedimientos establecidos para la ejecución de sus labores y utilizando las herramientas del Banco para su beneficio personal, sumó a ello, que la entidad no tenía la obligación de adelantar un procedimiento previo a la terminación del contrato de trabajo, en la medida que se trató de la finalización del vínculo contractual que existió entre las partes, y no la imposición de una sanción disciplinaria.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el libelo demandatorio, las inconformidades presentadas por la parte accionada en la contestación de la demanda y los fundamentos dados en el recurso de alzada, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales conforme el artículo 66A del CPL, procede a determinar cómo problema jurídico a resolver si la demandada vulneró el debido proceso sancionatorio contenido en el cuerpo convencional al momento de terminar el contrato de trabajo que laató con el demandantes, y sí la decisión estuvo precedida de inmediatez.

RELACIÓN LABORAL Y SUS EXTREMOS TEMPORALES

Con miras a resolver la *litis* planteada, es preciso acotar por parte de esta Sala de Decisión, que en el presente asunto no es tema de discusión la calidad de empleado del actor respecto de la entidad bancaria demandada, tampoco lo es los extremos temporales, la remuneración y que el señor Cañón Romero sea beneficiario de la convención Colectiva de Trabajo suscrita por el Banco BBVA Colombia y las Organizaciones Sindicales Sintrabbva, Aceb y Uneb, con vigencia 2016-2018, pues tales aspectos fueron aceptados por las partes, y así dispuestos en primera instancia, sin que sobre ellos se ejerciera oposición, se suma a ello, que tales supuestos de factor se encuentran acreditados con la documental que fue incorporada al proceso, tales como: i) contratos de trabajo, liquidaciones y certificaciones laborales emitidas por la entidad contratante, así como los testimonios e interrogatorios de parte que se vertieron al expediente; por lo que, esta Corporación se releva de su estudio.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

DEBIDO PROCESO EN LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Argumenta la parte recurrente que hay una tajante desatención a la protección constitucional al debido dado que al momento de adelantarse el proceso disciplinario y adoptarse la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, la entidad bancaria contratante desatendió el clausulado convencional relativo al proceso disciplinario que se debe adelantar para los trabajadores del Banco BBVA Colombia, pues en manera alguna adelantó la citación a descargos en los términos allí señalados, lo que a todas luces se traduce en un desconocimiento de los acuerdos a los que arribaron las partes en la citada convención colectiva.

Para resolver, basta con indicar que en manera alguna se vulnera el derecho fundamental al debido proceso que le asiste al trabajador, cuando el empleador omite citarlo a descargos o pretermite los parámetros dispuestos en un proceso disciplinario, siempre que se le haya brindado la oportunidad de informar los supuestos de facto que le llevarán a incurrir en la conducta objeto de reproche y que se le haya puesto en conocimiento las razones que constituyeran la justa causa para despedir.

Cabe recordar que la citación a descargos y el proceso que se adelanta ante la imposición de una sanción disciplinaria, no están consagradas en la ley como requisito previo para despedir si la misma no se encuentra contenida en el reglamento interno de trabajo o en la convención colectiva, bastara sólo con que al momento del retiro se le dé a conocer al trabajador los motivos y razones concretas del despido, indicando la justa causa para despedir, pues así lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en sentencia SL-154245 de 2014, momento en el que manifestó que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«i) No necesariamente se viola el derecho de defensa cuando el empleador no ha citado a descargos al trabajador previamente al despido, pero si le ha dado la oportunidad para dar su versión de los hechos y le hace saber, debidamente, los hechos constitutivos de la justa causa en la carta de retiro.

(...)

No basta con que la empresa no haya citado al trabajador a descargos, para decir que se le ha vulnerado el derecho de defensa, si en la forma como ocurrieron los hechos, no cabe duda de que estos han sido de pleno conocimiento del trabajador con las previsibles consecuencias que le podían acarrear respecto de la continuidad del contrato laboral, por su directa participación en el ejercicio de sus funciones, y el trabajador no ha asumido su deber de lealtad de avisar de inmediato al empleador o a sus representantes lo sucedido ... y de dar su propia versión de los hechos, pero que el empleador, con la inmediatez requerida y prudente, si le comunica en la carta de despido los mismos hechos que ya eran conocidos por la trabajadora, como motivo de su decisión de terminar el contrato de trabajo.

Si la obligación del empleador de escuchar al trabajador antes de ponerle fin al contrato con justa causa establecida en la sentencia C-299 de 1998 para la causal 3° del artículo 62 del CST, extendida por la Corte Constitucional a todas las justas causas de despido, mediante la sentencia de tutela T-546 de 2000 que invoca la censura como fundamento de la acusación, se deriva del deber de lealtad que es conmutativo para las partes del contrato de trabajo, la citación a descargos no puede convertirse en un requisito formal inexcusable, siempre y en todas las demás causales, so pena de que el despido se califique de injusto, puesto que se trata de un requisito que no está previsto en la ley expresamente como tal (como si ocurre con el deber de notificar los motivos del despido al momento del retiro), y menos cuando no es el caso de que haya sido así establecido dentro de la empresa por cualquier otro instrumento posible.

En consecuencia, dado que la citación a descargos no está prevista en la ley como requisito previo al despido, cuando tampoco ha sido previsto dentro de la normatividad interna de la empresa como tal, considera esta Corte que, para la justa protección del derecho de defensa, se debe examinar, si de la forma como sucedieron los hechos, y si era o no necesario para el esclarecimiento de estos, el trabajador ha tenido la oportunidad de dar sus explicaciones y no ha hecho uso de ella, por haber elegido una actitud pasiva frente al empleador, a la espera de que este tomara una decisión.

(...)

Es decir que, para la protección del derecho de defensa al trabajador, conforme al Parágrafo del artículo 62 del CST, salvo norma interna de la empresa que establezca un procedimiento para el despido, lo mínimo legalmente exigible es que, al momento del retiro, se le haga saber a este los motivos y razones concretas del despido, que se suponen han sido previamente establecidas por el empleador, con o sin descargos del trabajador, y que, en todo caso, este haya tenido la oportunidad de conocer y controvertir los hechos que pueden ser constitutivos de la resolución del contrato con justa causa; esa oportunidad de contradicción no se surte necesaria o únicamente con una citación a descargos, pero si ha de facilitarse previamente al despido; es decir que el trabajador, por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

lo menos, conozca, con anterioridad a la terminación de la relación, los hechos generadores de la decisión de rompimiento del vínculo, y la contradicción se puede hacer de cualquier forma ante el empleador, o directamente en el debate judicial, a elección del trabajador, si él tiene el convencimiento de que no se dio la justa causa de despido; evento este último, donde el empleador tiene la carga de demostrar la veracidad y la legalidad de las acusaciones hechas en contra del trabajador, y, para tal efecto, cobra especial relevancia las pruebas de la indagación previa al despido realizada por el propio empleador, pues si no las tiene difícilmente podrá probar la justa causa, y, de no hacerlo, se hace merecedor de las debidas consecuencias jurídicas pertinentes».

Así mismo, no está por demás recordar, que conforme a la jurisprudencia y doctrina laboral de antaño, se ha soslayado que el trámite del proceso disciplinario se efectúa, para averiguar o establecer la ocurrencia de la causal o motivo que da lugar al despido, empero, el mismo no es necesario adelantarlo cuando el autor y los hechos son suficientemente conocidos por el empleador.

Al descender al caso puesto a escrutinio de la Sala se tiene que al expediente se incorporó el cuerpo del documento convencional del cual se pretende beneficiar el demandante, tal como se desprende de la documental que reposa a folios 322 a 339 del expediente digital, el cual en su acápite denominado «**PROCESO DISCIPLINARIO**» establece que:

«En los casos que proceda tramitar proceso disciplinario, para la imposición de sanciones, se dará aplicación a la garantía constitucional del debido proceso y prevalencia al derecho de defensa y contradicción, así como a las leyes que regulan la materia. Para el efecto, se establece el siguiente procedimiento:

1. *El trabajador presuntamente inculpado, para que se explique su conducta, deberá ser llamado a descargos dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a aquel en el que el Banco tenga conocimiento de los hechos, lo que se dará a través de informe correspondiente o cualquier otro medio equivalente, cuando ello justifique la apertura de un proceso disciplinario.*

(...)

10. *Este procedimiento se establece sin perjuicio de la facultad del Banco para terminar un contrato de trabajo con estricta sujeción a las disposiciones legales aplicables»*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Atendiendo lo precedente, no encuentra la Sala que en el caso particular del señor Juan Carlos Cañón Romero, se haya incurrido, por parte del empleador, en falta alguna al debido proceso al momento de despedir, pues como bien se indicó, si bien se efectuó diligencia de descargos, la cual al sentir del accionante, aquella estaba viciada al desconocerse el procedimiento disciplinario establecido en el documento convencional, lo cierto es, que el demandante conocía ampliamente las obligaciones propias de su labor y las cuales fueran pactadas consensualmente en el contrato de trabajo suscrito entre las partes, aunado a que, se le otorgó la oportunidad para que manifestara las razones por las que había incurrido en las conductas objeto de reproche, sin que existiese justificación suficiente para excusarse.

Corolario a lo anterior, se tiene que del acápite convencional que se trae como soporte de las pretensiones del demandante, se extrae claramente, que dicho procedimiento se estableció única y exclusivamente en los casos que sea procedente tramitar proceso disciplinario, para la imposición de sanciones, y como quiera que el despido no constituye una sanción disciplinara, es que surge patente la inaplicación del precepto convencional en el caso particular del demandante, pues recuérdese, que la terminación del vínculo contractual que lo ató con la demandada, tuvo su génesis en la ocurrencia de una justa causa para despedir; por manera que, no se acoge la censura esgrimida por la parte recurrente frente a la violación de su debido proceso.

Ahora bien, si en gracia de discusión se acogiera la tesis del demandante, en el entendido de dar aplicación al procedimiento sancionatorio contenido en la Convención Colectiva de Trabajo, particularmente en el término con que contaba el empleador para citar a descargos al trabajador, debe decirse, que en nada se reprocha la conclusión a la que arribó la sentenciadora de primer grado. Así se afirma, por cuanto en dicho acápite se fijó de forma clara y expresa,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que en los eventos en que resulte procedente tramitar un proceso disciplinario, para así imponer una sanción, se citará al trabajador presuntamente inculpado a diligencia de descargos dentro de los 30 días hábiles siguientes a aquel en el que el Banco tenga conocimiento de los hechos, conocimiento, que en el mismo cuerpo normativo se estipuló se contaría desde el momento en que se presente el respectivo informe o cualquier otro medio equivalente.

De este modo, como quiera que el informe fue presentado por el área de auditoría ante recursos humanos el 12 de enero de 2016, es que es a partir de ese momento y no otro, que inicia el cómputo de los términos dispuestos en la norma convencional, lo que para el caso de autos acaeció el 23 de febrero de 2016, fecha límite con la que contaba el empleador para convocar al trabajador procesado, y como quiera que se citó al demandante el 17 de febrero de dicha anualidad, es que no encuentra la Sala acreditada la trasgresión aducida por el promotor del juicio.

De otro lado, censura el recurrente la inmediatez entre el hecho endilgado y la sanción impuesta, pues a su sentir, al no existir prueba que acredite de forma precisa la oportunidad en que se incurrió en la falta, en tanto se señalan infracciones de los meses de febrero, marzo y octubre de 2015, y el despido acaeció en el mes de marzo de 2016, por lo que tal principio no fue respetado.

Para resolver, debe decirse que de tiempo atrás, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que, entre la terminación del contrato de trabajo, cuando se invoca una justa causa, y la acreditación del hecho generador del despido, debe existir una inmediatez temporal, lo que persigue evitar que el paso del tiempo desdibuje la gravedad alegada. Así lo expuso el Alto Tribunal en la sentencia con radicación interna 36014 de 2011, en la que moduló que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«... la terminación del contrato de trabajo por justa causa por parte del empleador debe ser, además de explícita y concreta, tempestiva, pues aun cuando el legislador no ha establecido límites temporales máximos para que ante tal situación éste invoque en su favor la condición resolutoria del vínculo jurídico, no puede desatenderse que entre éstas y aquella no debería mediar término o, a lo sumo, el que resulte apenas razonable, y que de no proceder el empleador inmediatamente o dentro de un plazo razonable a provocar el despido del trabajador se impone entender, en sana lógica, que absolvió, perdonó, condonó o dispensó la presunta falta.

Además, como es el empleador quien debe exponer las razones por las cuales no provocó inmediatamente a la falta del trabajador el despido, y éstas--como en el presente caso ocurrió en que se alegó el adelantamiento de una--'delicada investigación administrativa'--, constituyen por regla general afirmaciones definidas, al tenor del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los juicios del trabajo por la remisión de que trata el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, es el quien debe acreditarlas en el respectivo proceso, de modo que, de no hacerlo, emerge indubitable que no fue esa la verdadera motivación de su proceder, tornándose injusto el despido y haciéndose en consecuencia acreedor a la condigna condena contemplada para esos efectos por el legislador, en nuestro caso el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo».

En este sentido, con el ánimo de esclarecer si la demandada actuó con diligencia e inmediatez en la decisión que adoptó frente al trabajador al momento de despedirlo, se tiene que si bien, se endilgan conductas que refieren en los meses de marzo y octubre de 2015 y el despido acaeció en el mes de marzo de 2016, lo que en principio conllevaría a entender que transcurrió no puede predicarse la inmediatez, no menos cierto es, dichas fecha fueron las que se expusieron como de cometimiento de la actuación reprochada, sin embargo, el Banco, tal como lo dispuso la norma convencional, tuvo conocimiento de los hechos censurados en el momento mismo en que se presentó el informe por parte del área encargada, pues es a partir de ese instante en que, luego de surtirse una etapa investigativa, se determina la ocurrencia de las presuntas infracciones endilgadas.

En este punto, resulta preciso memorar lo que para tal efecto expuso el testigo Agustín Ramírez, quien afirmó haber sustanciado el proceso disciplinario del demandante, y quien expuso el procedimiento interno



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que adelantó la demandada al momento de adoptar la decisión de despido así:

«... el área de relaciones laborales en la cual se sustancian los procesos disciplinarios, recibe por parte de los organismos de control, llámese área de auditoría o área de seguridad, el informe, el informe que cuenta con las situaciones de modo y lugar y hechos referentes a alguna situación particular. Efectivamente el área de relaciones laborales recibe el informe del área de auditoría, el cual tiene fecha de 12 de enero de 2016, y conforme a los términos convencionales, que más allá de que no fueran aplicables a este caso, eso lo puedo ilustrar, aclarar ahorita, pero más allá de que no fueran aplicables se cumplieron a cabalidad y lo explico: el informe se recibe es de fecha 12 de enero de 2016, y conforme al término convencional establecido que es de 30 días hábiles a partir del conocimiento que tiene el Banco, lo cual se tiene a partir del informe, no por interpretación mía sino por dos razones, la primera porque así lo indica el artículo convencional que indica que el conocimiento de los hechos es a partir del informe, efectivamente como lo acabo de indicar, el procedimiento interno al interior del Banco es que el área de relaciones laborales recibe el informe, ya sea por parte del área de auditoría o seguridad, para el caso en comento es del área de auditoría. Se recibe el informe, o mejor, el informe es de fecha 12 de enero de 2016, las áreas lo tienen que enviar a diferentes áreas para sus trámites pertinentes, a al área contencioso cuando hay situaciones penales, al área de relaciones laborales cuando hay situaciones disciplinarias de trabajadores y así, dependiendo el contenido del informe, para el presente caso se recibe el informe de fecha 12 de enero de 2016, se hace el informe y se evidencia que efectivamente, respecto del actor en este caso, hay algunas situaciones disciplinarias cuestionables por lo cual se adelanta el proceso disciplinario siendo citado el trabajador el 17 de febrero de 2016, esto es, dentro de los 30 días hábiles de que comenta el termino convencional para ser citado a descargos, una vez se tiene conocimiento del hecho, lo cual reitero, en este caso se dio a partir del informe de auditoría que pone en evidencia las situaciones. Claramente y quiero precisar esto, el conocimiento no es la fecha de los hechos, porque la fecha de los hechos que fue aproximadamente entre marzo y octubre del año 2015, pues el trabajador ahí comete los hechos, pero que el banco tiene conocimiento de esta situación, pues claramente no lo tiene, la tiene hasta que se adelanta un proceso investigativo, un análisis por parte de los organismos encargados de realizar ese análisis, en este caso el área de auditoría que finalmente dicha información aterriza en el informe del 12 de enero de 2016, ya después de ser citado a descargos se sigue todo el curso normal del proceso disciplinario...».

En los anteriores términos, resulta claro para la Sala, que en el caso particular del demandante, no se advierte el desconocimiento endilgado por aquel, en la pretermisión del principio de inmediatez, en tanto como se dijo en precedencia, es sólo a partir del momento en que el área encargada de auditoría presenta el respectivo informe, en que la entidad bancaria conoce con exactitud la actuaciones desplegadas por su empleado, ello en tanto, como lo señaló el testigo Jorge Enrique



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Polanco Camacho, la investigación inicial no contemplaba la investigación del aquí actor, pues la auditoria se realizó de forma generalizada y no selectiva, con el propósito de esclarecer asuntos crediticios anormales en varios productos de empleados de la entidad que a pesar de tener obligaciones con la aquella, y tener sus cuentas inscritas para debito por nómina, se encontraban en mora.

En esa medida, no encuentra esta Corporación que la decisión que adoptó la empleadora haya excedido el termino razonable para la imposición del despido, pues el informe se presentó en el mes de enero de 2016, y el fenecimiento del vínculo acaeció en el mes de marzo de la misma anualidad, sin que haya transcurrido más de tres meses en el tramite desplegado por la entidad a fin de esclarecer la conducta reportada e imponer la sanción administrativa correspondiente.

Por lo hasta aquí expuesto, y al no encontrar prosperidad los reparos invocados por el apelante, es que surge patente la confirmación de la providencia apelada.

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta instancia se imponen costas a cargo de la parte demandante, dado el resultado de la 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.

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia del 9 de julio



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

2020, en el proceso ordinario laboral promovido por **JUAN CARLOS CAÑÓN ROMERO** contra el **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. - BBVA**, atendiendo a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS: Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta instancia se imponen costas a cargo de la parte demandante, dado el resultado de la 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 **JOAQUÍN EMILIO BELTRÁN ROMERO** CONTRA LA SOCIEDAD **ASESORES EN DERECHO S.A.S.**, LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, LA **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, COMO **ADMINISTRADORA DEL FONDO NACIONAL DEL CAFÉ**, LA **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, COMO VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL **PATRIMONIO AUTONOMO PANFLOTA**, LA **NACION - MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO** Y LA **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintisiete (27) días del mes de noviembre 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

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

segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

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

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor JOAQUÍN EMILIO BELTRÁN ROMERO por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral en contra de ASESORES EN DERECHO S.A, LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, como ADMINISTRADORA DEL FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A como vocera y administradora DEL PATRIMONIO AUTONOMO PANFLOTA, LA NACION MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO y la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, para que previo el trámite procesal correspondiente se declare que fue trabajador de la Flota Mercante Grancolombiana S.A., hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. Del mismo modo, que cumple con los requisitos previstos en la Ley 797 de 2003, para acceder a la pensión de vejez a partir del 7 de octubre de 2019, fecha en que se causa y debe comenzar a pagarse



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la prestación pensional; en consecuencia, solicita se condene a la sociedad Asesores en Derecho S.A.S., a expedir la resolución del bono pensional o calculo actuarial que corresponda al tiempo laborado a la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A; se condene a Fiduagraria S.A., en condición de vocera del Patrimonio Autónomo –Panflota, a pagar a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones el titulo pensional o calculo actuarial por el tiempo laborado en la Flota Mercante Grancolombiana S.A., hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A; condenar a Colpensiones a tener en cuenta el tiempo laborado en la Flota Mercante Grancolombiana S.A., hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A; se condene a Colpensiones a pagarle la pensión de vejez a partir del 7 de octubre de 2019; se condene a las demandadas a pagarle los perjuicios morales y materiales, el cual estima en 100 S.M.L.M.V; el pago de los intereses moratorios por la mora en el reconocimiento pensional; lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas procesales. Subsidiariamente peticionó, que se condene a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia a pagarle a Colpensiones el titulo pensional o calculo actuarial correspondiente al tiempo que laboró en la Flota Mercante Grancolombiana S.A; condenar a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público a pagarle a Colpensiones el titulo pensional o calculo actuarial que corresponda por el tiempo laborado en la Flota Mercante Grancolombiana S.A; condenar a Colpensiones a reliquidar la prestación pensional teniendo en cuenta los tiempos laborados en la Flota Mercante Grancolombiana S.A., a partir del 7 de octubre de 2019; condenar a Colpensiones a pagar las sumas reconocidas debidamente indexadas. (fl. 370 y 371 del cuaderno 2 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 372 a 380 de las diligencias, que en síntesis advierten, que al momento de incoación de la demanda contaba con 60 años de edad; que convive con Elizabeth Gómez Espinoza, quien cuenta con 57 años de edad; que la pareja contrajo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

nupcias por el rito católico; que laboró para la Flota Mercante Gran Colombiana S.A., hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 21 de febrero de 1983 hasta el 6 de noviembre de 1990; que prestó sus servicios por un total de 2.808 días equivalentes a 401.14 semanas; que efectuó conciliación ante el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social División Departamental del Trabajo y la Seguridad Social de Cundinamarca el 7 de noviembre de 1990, en la que no se estipuló nada acerca de los tiempos no cotizados; que entre la Flota Mercante Gran Colombiana S.A., y la Unión de Trabajadores de la Industria del Transporte Marítimo y Fluvial –UNIMAR, se firmaron una serie de convenciones colectivas y se proferieron laudos arbitrales; que en el artículo 10° del Laudo Arbitral del 16 de junio de 1977, se fijaron las reglas de jubilación para los trabajadores de la Flota Mercante Gran Colombiana S.A; que la Convención Colectiva de Trabajo de 21 de mayo de 1988, era la vigente al momento de su retiro; que es beneficiario de las cláusulas convencionales; que el último cargo desempeñado fue el de marinero a bordo de la Flota Mercante Gran Colombiana S.A; que el último salario devengado estuvo compuesto por los factores previstos en la Convención Colectiva de Trabajo vigente para el periodo 2 de marzo de 1986 a 1° de marzo de 1991; que el salario promedio mensual era superior a los \$1.159.06 dólares americanos; que la Flota Mercante Gran Colombiana S.A., hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., no efectuó aportes a la seguridad social en pensiones a su favor para el interregno de 21 de febrero de 1983 a 6 de noviembre de 1990; que fue afiliado al Instituto de los Seguros Sociales el 29 de agosto de 1990; que Colpensiones no ha reclamado el bono pensional o cálculo actuarial por el tiempo laborado en la Flota Mercante Gran Colombiana S.A; que laboró en otras entidades privadas cotizando a pensiones un total de 1.100 semanas; que Colpensiones emite una historia laboral que presenta una serie de inconsistencia respecto a las semanas cotizadas; que presentó reclamación administrativa el 2 de marzo de 2018 ante la Federación Nacional de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, matriz y contratante de la Flota Mercante Grancolombiana S.A; que el 2 de marzo de 2018, formuló reclamación administrativa ante Asesores en Derecho S.A.S., Fiduprevisora S.A., y la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público; que la sociedad Asesores en Derecho S.A.S., le han generado daños materiales y morales ante la negativa de la emisión del bono pensional.

CONTESTACIÓN: La demandada **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** en su condición de administradora del **FONDO NACIONAL DEL CAFÉ**, al descorrer el traslado de la demanda se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en el libelo introductor, al considerar, en esencia, que al no existir obligación legal, no le corresponde al empleador efectuar aprovisionamiento alguno para el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensión frente a aquellos trabajadores desvinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sumó a ello, que impartir orden encaminada a pagar un bono pensional, calculo actuarial o reserva se torna en una sanción que involucra un incumplimiento legal, mismo que no se acredita pues no existía deber normativo que impusiera dicha carga prestacional en cabeza del empleador. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó, ausencia de responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, inexistencia de la obligación, buena fe, falta de legitimación en la causa, prescripción, cosa juzgada, pago y compensación y la genérica. (fl. 421 a 464).

A su turno, la accionada **FIDUCIARÍA LA PREVISORA S.A., FIDUPREVISORA S.A.**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar que esta sociedad fiduciaria actuó única y exclusivamente como fiducia y fuente de pagos, por lo que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

existe una separación patrimonial entre los fondos que recibe como fideicomisos y los activos propios de la sociedad, sumó a ello, que en el presente asunto está demostrado que la Federación Nacional de Cafeteros fue la matriz de la Flota Mercante Grancolombiana, en tanto la primera era la contratante de la segunda, por lo que a la luz de lo enseñado por la Corte Constitucional existe un grado de responsabilidad en aquellos casos en que exista una sociedad matriz y otra vinculada, lo que le resta responsabilidad a la sociedad fiduciaria. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad de realizar pagos distintos a los establecidos en el contrato de fiducia mercantil, inexistencia de la obligación y la innominada. (fl. 110 a 135 del cuaderno 3 adjunto al expediente digital).

Por su parte, la **NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.**, al contestar el escrito demandatorio formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que no resulta procedente desde el punto de vista constitucional acceder a las aspiraciones del accionante y que se dirigen ante la Cartera, en tanto es el ente liquidador quien debe adelantar las operaciones necesarias para obtener la liquidez que permita la atención oportuna de las obligaciones pensionales y no la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 148 de la Ley 222 de 1995, existe una presunción de responsabilidad económica subsidiaria a cargo del Fondo Nacional del Café administrado por la Federación Nacional de Cafeteros como entidad contratante o matriz. **Excepciones:** Formulo los medios exceptivos de fondo que denominó indebida vinculación del Ministerio de Hacienda, inexistencia de obligación alguna del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por las pretensiones de la demanda, falta de legitimación en la causa respecto de la parte pasiva y la genérica. (fl. 335 a 362 del cuaderno 3 anexo al expediente digital).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Entre tanto, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al descorrer el traslado de la demanda, se opuso a la totalidad de las pretensiones formuladas en el *libelo* demandatorio, al considerar, en esencia, que para el caso bajo estudio el demandante no cuenta con la edad exigida por la ley para hacerse beneficiario de la prestación pensional pretendida, a lo anterior sumó, que en los eventos en que existe mora en las cotizaciones pensionales, la obligación de reconocer y cubrir las prestaciones económicas se traslada al empleador. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos de defensa los que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de intereses moratorios, improcedencia de la indexación, prescripción y la innominada o genérica. (fl. 393 a 410 del cuaderno 3 adjunto al expediente digital).

Por último, la accionada **ASESORES EN DERECHO S.A.S.**, al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las aspiraciones del demandante, al señalar que existe una imposibilidad insuperable por parte de la CIMF S.A., hoy liquidada que afectó sustancialmente los pagos dentro del proceso liquidatorio, esto es, que la sociedad antes del cierre se halló sin recursos para el pago de acreencias y pagos administrativos, entre los que se encuentran los derechos pensionales, en tal virtud, es la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café la que gira mensualmente los recursos económicos para atender el pago de las mesadas en cumplimiento de la sentencia SU-1023 de 2001. **Excepciones:** Propuso los medios exceptivos que denominó inexistencia de la obligación pues durante casi toda la existencia de la CIMF cerrada, el ISS no había asumido los riesgos de I.V.M., imposibilidad jurídica y legal para reconocer el cálculo actuarial y/o bono pensional del demandante, no procedencia de reconocimiento y pago de intereses moratorios,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la innominada o genérica. (fl. 443 a 482 del cuaderno 3 anexo al expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 11 de septiembre de 2020, resolvió **declarar** que entre el demandante JOAQUÍN EMILIO BELTRÁN ROMERO y la COMPAÑÍA DE INVERSORES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., existió un contrato de trabajo vigente en el lapso comprendido entre el 21 de febrero de 1983

al 6 de noviembre de 1990; **declarar** que correspondía a la COMPAÑÍA DE INVERSORES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., en su calidad de empleador del señor JOAQUÍN EMILIO BELTRÁN ROMERO, asumir el pago del cálculo actuarial, correspondiente a los aportes pensionales del lapso comprendido entre el 21 de febrero de 1983 al 6 de noviembre de 1990. Periodo en el cual, la entidad empleadora, asumía directamente, la totalidad de la carga pensional del incoante de la acción; **ordenar** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, que proceda a efectuar la liquidación del cálculo actuarial respecto de la relación laboral del señor JOAQUÍN EMILIO BELTRÁN ROMERO con la COMPAÑÍA DE INVERSORES DE LA FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. en el lapso comprendido entre el 21 de febrero de 1983 al 6 de noviembre de 1990,

tomando para el efecto las sumas constitutivas de factor salarial para el respectivo periodo mes a mes, específicamente, tomando para el efecto el salario básico, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos, auxilio de alimentación y alojamiento, proporción salarial de primas de antigüedad y demás factores salariales en los términos previstos en el artículo 127 y 135 del C.S. del T. Destacándose, que en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

consideración a que el salario del actor, en algún momento se ha acreditado que lo fue en moneda extranjera, para la determinación del cálculo actuarial, se deberá tomar el equivalente a dicho valor en moneda nacional colombiana, al tipo de cambio oficial de día en que se debería efectuar el pago mes a mes. Siendo de anotar, que en el evento en que no existan soportes de asignación salarial para algún momento en el periodo reseñado, se deberá tomar el valor del salario del último mes acreditado y, en su defecto, el salario mínimo legal mensual vigente para el mes correspondiente. Todo lo anterior, siguiendo los lineamientos del decreto 1887 de 1994, debiendo tenerse en cuenta para el efecto, las certificaciones que para este fin, deben expedir ASESORES EN DERECHO S.A.S., como mandataria con representación con cargo al patrimonio autónomo PANFLOTA y la FIDUCIARIA LA PREVISORA como vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA; **condenar** al patrimonio autónomo PANFLOTA, del cual es vocera y administradora la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y mandataria con representación ASESORES EN DERECHO S.A.S., a adelantar las gestiones administrativas pertinentes, con el fin que se expida el acto administrativo de reconocimiento del cálculo actuarial, una vez haya sido recibido por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y cumplido lo anterior, le corresponderá igualmente al patrimonio autónomo PANFLOTA del cual es vocera FIDUCIARIA LA PROVISORA S.A. y mandataria con representación ASESORES EN DERECHO S.A.S., pagar el valor del cálculo actuarial, a entera satisfacción de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; **declarar** subsidiariamente responsable al FONDO NACIONAL DEL CAFÉ el cual es administrado por la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, respecto del pago del cálculo actuarial reseñado en los apartes preceden, siempre y cuando el patrimonio autónomo PANFLOTA del cual es vocera FIDUCIARIA LA PROVISORA S.A. y mandataria con representación ASESORES EN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DERECHO S.A.S., no cuente con recursos económicos para asumir tal obligación; **absolver** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en el libelo introductorio por parte del demandante en este aspecto. (archivo magnetofónico adjunto al expediente digital).

Lo anterior por considerar el *a quo* que en lo relacionado con la existencia de la relación laboral que ató al demandante con la otrora Flota Mercante Grancolombiana S.A., las misma quedó acreditada con la documental que fue aportada al proceso para el interregno comprendido entre el 21 de febrero de 1983 al 6 de noviembre de 1990, desempeñándose como Marinero. En cuanto a la elaboración del bono pensional, de conformidad con los artículos 159 y 260 del C.S.T., las pensiones antes de la emisión de la Ley 100 de 1993, se encontraba a cargo del empleador, y que dejaría de estar a cargo de aquellos, cuando el riesgo fuera asumido por el otrora Instituto de los Seguros Sociales, bajo esa óptica, y a la luz de las enseñanzas de la Corte Suprema de Justicia, correspondía al empleador, en su momento la Flota Mercante Grancolombiana S.A., hoy representada por la Fiduprevisora S.A., y por Asesores en Derecho S.A., como mandataria con representación, asumir el pago de los tiempos no cotizados a través de un cálculo actuarial, con el propósito de garantizarle el derecho a la pensión del demandante. Por último, en lo que atañe a la responsabilidad subsidiaria del Fondo Nacional del Café, conforme lo previó la Corte Constitucional en la sentencia SU-1023 de 2001, resulta conclusivo que la Flota Mercante S.A., se encontraba bajo subordinación respecto de la Federación Nacional de Cafeteros, al ser el titular de más del 50% de las acciones de dicha compañía y por ende surge la presunción de la responsabilidad subsidiaria.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante **JOAQUÍN EMILIO BELTRÁN ROMERO**, censuró parcialmente la anterior decisión, al considerar que se comparte la determinación en cuanto a lo devengado como salario mes a mes, sin



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

embargo, lo devengado mes a mes debe ser para el estudio de la pensión de vejez, más no para el cálculo actuarial en los términos del Decreto 1687, en el parágrafo del artículo 4°, en el que se establece con claridad sin discusión, que es el último salario devengado para efectuar el cálculo actuarial junto con todos los factores salariales que percibió el demandante. De otro lado, reprocha la declaratoria de la excepción denominada petición anticipada de la pensión, en tanto, al momento en que se cumplió con los requisitos legales se debió reconocerse el derecho pensional junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, censura la no condena por concepto de perjuicios, los cuales se acreditan con el simple hecho de no cancelar la prestación pensional; a lo anterior suma, que no resulta dable la absolución respecto de la condena solidaria del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dado que el Estado colombiano se encuentra obligado a cancelar todos los remantes que resulten de los contratos de administración del Fondo Nacional del Café. Por último, censura la no condena por concepto de costas procesales, las cuales se causan por la derrota en el estrado judicial y su actuación es dilatoria del derecho.

A su turno, la sociedad **ASESORES EN DERECHO S.A.**, censuró la decisión adoptada por el sentenciador de primera instancia, al considerar, que se desconocieron las funciones que le fueron impuestas a la sociedad mediante el contrato de mandato que fue allegado como prueba al momento de dar por contestada la demanda, esto por cuanto en un primer lugar, se le impone una carga respecto a remitir a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones las documentales necesarias para acreditar los factores salariales que devengaba el aquí demandante, esta circunstancia desconoce lo señalado en el otro sí 1 al contrato de fiducia mercantil celebrado entre la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante en liquidación obligatoria y la Fiduciaria la Previsora, en el que se estipula quien es la persona encargada de administrar o custodiar toda la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

documental propia de los ex trabajadores de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, misma que no se encuentra en cabeza de esta sociedad; así, la orden dispuesta en la sentencia constituye una carga excesiva frente a las funciones que le fueron asignadas en el contrato mercantil, sumó a lo anterior, que al condenar a la sociedad a pagar el cálculo actuarial, también se desconocen las funciones para las que fue creada la mandataria en representación, pues sólo está obligada a emitir las resoluciones de reconocimiento del cálculo actuarial, más no al pago del mismo.

Por su parte, la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A, -FIDUPREVISORA S.A.**, formuló recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, al considerar que el Patrimonio Autónomo Panflota, no se constituyó para ser receptor de derechos y obligaciones de la extinta Flota Mercante, al contrario, el fideicomiso fue creado como un mecanismo para la terminación del proceso de liquidación de la Flota y no para suceder en obligaciones a la sociedad liquidada, lo que se traduce que el pago de pasivos pensionales se encuentra a cargo de la Federación Nacional del Café, indistintamente de la existencia del Patrimonio Autónomo, dada que la responsabilidad patrimonial que recae sobre la Federación como sociedad matriz, misma que no ha sido transferida por la Federación al Patrimonio. Por último, frente a la orden impartida encaminada a remitir los documentos necesarios para elaborar el cálculo actuarial, los mismos se escapan de la responsabilidad de la entidad en tanto dichos documentos no reposan en los archivos de Fiduprevisora S.A.

Por último, la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, elevó recurso de apelación contra la anterior determinación, en el que afirma como motivos de disidencia, que no se comparte el estudio realizado por el *a quo*, en la que concluyó que la Fondo no había aportado material probatorio suficiente para derruir la configuración de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

responsabilidad subsidiaria, teniendo en cuenta que allegó prueba documental que permite concluir que la situación concursal a la que se vio avocada la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, en nada tuvo que ver una decisión adoptada con ocasión del control ejercido por Fondo. Adicionalmente, ruega por la consideración de la pauta doctrinaria adoptada por el Consejo de Estado en su Sala de Consulta y Servicio Civil, en el que se señala que no se puede imputar al Fondo Nacional del Café responsabilidad subsidiaria respecto de obligaciones insatisfechas por la desaparecida Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, como quiera que esas obligaciones deben ser asumidas y garantizadas dentro de la liquidación obligatoria de la compañía, y el remanente que no quedará debidamente garantizado, deberá ser asumido por la Nación; sumó a lo anterior, que resulta necesario el estudio de la viabilidad de la aplicación del precedente judicial, teniendo en cuenta la fecha del llamado a inscripción de los trabajadores marítimos. Por último, peticiona, que en el evento de confirmarse la sentencia, se modere la misma en garantía del derecho pensional y se aplique el precedente judicial de la Corte Constitucional en el entendido de realizar el cálculo actuarial teniendo en cuenta el salario mínimo de cada anualidad o que se respete las tablas de topes de salario máximo asegurable para la época de la prestación del servicio, así como que no se tenga en cuenta la totalidad de factores salariales pedidos en la demanda y se ordene la deducción del porcentaje de aportes que le correspondían al trabajador.

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: En la oportunidad procesal concedida, la parte accionante allegó escrito de alegaciones de conclusión, en el que petitionó se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia con base a que el cálculo actuarial se debe calcular con base al último salario devengado por el ex trabajador, teniendo en cuenta la totalidad de factores que prevé la norma, lo que no puede confundirse con el IBL, como así lo apreció el sentenciador de primer grado, sumó a ello, que tampoco es admisible negar la prestación pensional, en tanto el demandante cumple con todos los requisitos que exige la norma pensional para hacerse beneficiario de dicha prestación, junto con el reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Por último, señaló resulta procedente la condena por concepto de agencias en derecho y costas procesales en los términos del artículo 365 del C.G.P.

Parte demandada: la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones petitiona se absuelva a la entidad de las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar, en esencia, que que está en cabeza del empleador la obligación de efectuar las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, teniendo en cuenta el salario que efectivamente devenguen sus empleados dentro de los plazos y condiciones que determina la norma en mención, por lo tanto, en el evento en el cual un Juez de la República accediera a declarar la relación laboral, Colpensiones procederá a liquidar el correspondiente cálculo actuarial que deberá ser cancelado, para el posterior estudio de la prestación.

La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, petitiona la revocatoria de la sentencia apelada o en su medida la modificación de las condenas impuestas, al considerar que la Entidad es sólo la administradora del denominado Fondo Nacional del Café, cuenta especial que se encuentra constituida con recursos públicos de destinación específica, es decir, parafiscales, que deben utilizarse de manera exclusiva en beneficio del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

sector, gremio o grupo que los tributa, y de señalar que a la Federación en su condición de socio mayoritario de la CIFM, no se le puede imponer obligación de carácter patrimonial por no existir ninguna clase de relación laboral ni contractual con los empleados, sumó a ello, que el responsable último y real de la gestión del patrimonio de destinación específica o parafiscal es la Nación colombiana, como bien pareció entenderlo el demandante al considerar que ella es un legítimo contradictor sin cuya presencia en el proceso no puede desatarse la Litis válidamente.

Fiduciaria la Previsora –Fiduprevisora S.A., peticona se la revocatoria de la sentencia de primer grado, al considerar, en esencia, que Si bien el contrato de fiducia mercantil, fue suscrito por el representante legal de la extinta Flota Mercante y la Fiduciaria, en el cual, se dispusieron clausulas a cargo la sociedad matriz Federación nacional de cafeteros como administradora del Fondo nacional del Café, lo cierto es que, dichas obligaciones generan obligaciones bilaterales, dado que la federación no ha aceptado expresamente la condición de fideicomitente regulado en el art. 1226 del C.C., que es el deber ser. En ese orden, dado que la FNC no ha aceptado dicha posición contractual, no debe aplicársele los efectos y beneficios del negocio jurídico, es decir, utilizar al patrimonio autónomo como barrera para el cumplimiento de la obligación subsidiaria a su cargo, sumó a ello, que no debe someterse a un trámite burocrático desgastante al ejecutante, esto es, que Asesores expida la resolución, luego que la remita a la Fiduciaria para su pago, si el patrimonio no tiene dinero, luego que requiera a la federación para que remita los recursos. Es justo someter al pensionado a esta agonía burocrática, en nuestra opinión, no se acompasa con el principio pro operario, por lo cual, se pide al despacho acoger la postura del Tribunal Superior Sala Laboral, en las cuales, ha condenado directamente a la Sociedad Matriz a pagar no solo el cálculo actuarial sino a la reliquidación pensional, sin intermediación de la Fiduciaria ni de Asesores en Derecho.



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 55 a 298 a 308 del cuaderno 2 anexo al expediente digital.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por las partes en los recursos de apelación, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, se le asiste derecho al demandante a que las demandadas sufraguen el cálculo actuarial ante la mora en el pago de cotizaciones a pensión por el interregno que prestó sus servicios a la Flota Mercante Grancolombiana S.A., en caso afirmativo, determinar cuál de las entidades llamadas a juicio es la responsable de cancelar el citado cálculo, y cuáles de aquellas son las llamadas a aportar los datos necesarios para el desarrollo proyección de aquel; del mismo modo, establecer los salarios que deberán ser tenidos en cuenta al momento de efectuarse la operación actuarial.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Una vez verificado lo precedente, determinar si le asiste derecho al demandante a que le sea reconocida y pagada la pensión de vejez conforme lo prevé la Ley 797 de 2003. Por último, estudiar la procedencia de la condena en costas en primera instancia

DEL VÍNCULO LABORAL

No es objeto de debate que entre el demandante y la extinta Flota Mercante Grancolombiana S.A existió un vínculo laboral que se extendió del 21 de febrero de 1983 al 6 de noviembre de 1990, en virtud del cual se desempeñó inicialmente como Grumete y luego como Marinero, pues tal aspecto se logra acreditar con la documental que reposa a folios 146 a 151 del cuaderno 2 anexo al expediente digital, consistente en contrato de trabajo y acta de retiro, suma a lo anterior, que así fue declarado en primera instancia y no fue refutado por las partes. Del mismo modo, se constató la ausencia de aportes a la seguridad social en pensión por parte del empleador en la vigencia del vínculo contractual

RESPONSABILIDAD DE LOS EMPLEADORES FRENTE AL PAGO DEL CÁLCULO ACTUARIAL

De tiempo atrás ha establecido la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, en su especialidad Laboral, que los empleadores deben responder por el cálculo actuarial correspondiente a periodos en los que la prestación del servicio estuvo a su cargo, pese a que no tuvieran la obligación de afiliar a los trabajadores al ISS por falta de cobertura. Así, en la sentencia con radicación SL 16086 de 2015, con ponencia del Magistrado Luis Gabriel Miranda Buelvas, moduló que:



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

«Para ello debe empezar la Corte por recordar que la afiliación de los trabajadores particulares al ente de seguridad social recurrente constituye una obligación laboral que precede a la vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, que no fue a partir de ésta que se estableció tal obligación patronal como un imperativo en las relaciones del trabajo subordinadas particulares, sino que de tiempo atrás, específicamente desde la de la Ley 90 de 1946, cuando se concibió por el legislador la existencia de dicho ente de seguridad social, se proyectó la necesidad de que los trabajadores particulares estuvieran cubiertos ante las contingencias de invalidez, vejez y muerte por un mecanismo protector de carácter económico como lo vinieron a ser las pensiones de invalidez, vejez y sobrevivientes.

Tal propósito se desarrolló a través de los diversos Acuerdos expedidos por el ente de seguridad social de manera gradual y expansiva a todo el territorio nacional, y de forma obligatoria desde el 1° de enero de 1967, premisa que se volvió universal a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993 por expedirse una nueva normativa que cobijó a toda clase de trabajadores.

El desarrollo de las políticas de aseguramiento social aparejó diversas situaciones. Sobre ellas la jurisprudencia ha trazado una línea de principio que recién se ha consolidado por la Corte en el sentido de indicar que no le está dado al empleador liberarse de responsabilidad cuando no afilia al trabajador o no cotiza a su nombre a la seguridad social, y como consecuencia se trunca el derecho pensional, de forma que en suma, cuando la afiliación no se produce, con independencia de su razón, será responsable de la prestación que hubiera podido otorgarle el sistema al trabajador; y cuando no paga o incurre en mora en la cotización será objeto de las acciones de cobro que la ley prevé para obtener el pago de las cotizaciones causadas y no cubiertas con sus intereses correspondientes. De manera análoga, se ha de concluir, cuando no habiendo afiliado al trabajador antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 o habiendo omitiendo cotizaciones antes de esa data éste, el trabajador no alcanza a contabilizar la densidad exigida para acceder a la pensión con las posteriores que sufrague, caso en el cual deberá trasladar al Fondo de Pensiones escogido por el Trabajador el cálculo actuarial pertinente mediante un título o bono pensional».

Ahora bien, en tratándose de personal que prestó sus servicios en las industrias de transporte marítimo, mediante Resolución 3296 de 2 de agosto de 1990, se dispuso como fecha de inscripción de dichos trabajadores al Régimen de los Seguros Obligatorios, el 15 de agosto de 1990, lo que en principio se traduciría en una ausencia de afiliación forzosa y por ende una falta de omisión imputable al empleador, sin embargo, el artículo 72 de la ley 90 de 1946 fijó la obligación de los patronos de hacer los provisionamientos de capital necesarios para efectuar los aportes al Instituto en los casos en que éste asumiera dicha obligación.,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Bajo esta orientación, no cabe duda, que sin importar si coexistía o no de la obligación de cotizar en pensión por parte de los empleadores, al constatar una prestación personal del servicio, el dador de laborío debe asumir el cálculo actuarial correspondiente a fin de garantizar el derecho irrenunciable a la seguridad social, por lo que, al acreditarse en el *sub lite* que el demandante prestó su fuerza de trabajo para la Flota Mercante Grancolombiana S.A., surge palmario el deber por parte de aquella en efectuar las cotizaciones o en su defecto sufragar el cálculo actuarial.

DEL CÁLCULO ACTUARIAL

En lo que a este punto concierne, se torna necesario indicar que la figura aquí estudiada se realiza a solicitud del empleador o mediante orden judicial, en los eventos en que se presenta mora en el pago de los aportes a la seguridad social en pensión. Dicha institución no hace referencia al pago de intereses moratorios ni comprende el pago de las cotizaciones en sí, lo que prevé tal figura, es el traslado de una reserva actuarial que debió en su momento aportar el empleador y que debe cubrir satisfactoriamente lo concerniente al capital que en tal oportunidad incumbió recibir a la administradora de fondo de pensiones.

Para efectos de su liquidación, y teniendo en cuenta que se trata de una reserva actuarial, que busca enmendar la ausencia de cotización, la misma debe ser liquidada periodo a periodo mes a mes, y bajo los salarios que efectivamente sufragó el trabajador., ello, con el propósito de garantizar una prestación pensional que permita aliviar los deterioros propios de la vejez tras largos años de trabajo.

Establecido lo precedente, al descender al caso puesto a escrutinio de esta Corporación, se tiene que tanto la parte actora y la demandada Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, censuraron la determinación a la que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

arribó el sentenciador de primera instancia, al no encontrarse de acuerdo con la metodología y prestaciones sociales que dispuso el *a quo* para ser tenidas en cuenta a efectos de elaboración del cálculo actuarial, pues en lo que refiere a la parte demandante, aquella no consiente que sean tenidos en cuenta para tal fin los salarios mes a mes, ya que como lo dispone la norma, lo procedente es tomar el último devengo disfrutado por el ex trabajador; en tanto la parte demandada, se duele de los factores que deben ser tenidos en cuenta para el desarrollo de la operación actuarial.

Pues bien, al examinar el material probatorio acopiado al informativo, se encuentra que en lo referente a los salarios que devengó el demandante para el interregno de 21 de febrero de 1983 al 6 de noviembre de 1990, se allegó resumen de hoja de vida de la que se desprende en el folio denominado «*TRASLADOS ASEONSOS Y OTROS*», la asignación básica mensual y las variaciones salariales que tuvo el promotor del proceso, del cual si bien no se advierte un informe detallado mes a mes, sí se desprende que las variaciones que se dieron acaecieron como consecuencia de traslados o ascensos; del mismo modo, se advierte en el archivo denominado hoja de vida 2, la relación de horas extras laboradas por el señor Jaramillo Londoño, auxilio de alojamiento y alimentación y primas de servicios.

Ahora bien, a folios 19 y 20 del archivo denominado hoja de vida 2, anexo al expediente digital obra liquidación por retiro, de la que se extrae que el demandante percibió en el último año de servicios los siguientes conceptos, sueldo básico, horas extras, alimentación y alojamiento, y viáticos.

Así, al no existir duda respecto a que el salario básico, primas de servicios, los pagos por trabajo suplementario y horas extra, prima de antigüedad y los pagos por alimentación y alojamiento, sin lugar a dudas tienen incidencia salarial conforme lo establece el artículo 127 del C.S.T., serán



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

estas sumas las que deberá tener en cuenta la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, al momento de realizar el respectivo calculo actuarial, pues contrario a lo manifestado por el apoderado de la demandada Federación Nacional de Cafeteros, en manera alguna puede entrar a desconocerse la incidencia que dichos conceptos tienen en el salario del actor y que hacer parte de la base de liquidación a aportes a la seguridad social del demandante, en procura de forjar su derecho pensional, por lo que de manera diáfana refulge la desestimación de la petición que formulara la encartada en el entendido de moderar la condena en este aspecto.

Ahora bien, como quiera que no se encuentra acreditado de forma detallada el devengo mes a mes del señor Jaramillo Londoño, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la que arribó el sentenciador de primer grado al disponer que en el evento en que no se acredite el salario percibido por el demandante, en alguno de los periodos en que prestó su fuerza de trabajo a favor de la Flota Mercante Grancolombiana S.A., deberá tenerse como presunto, el salario mínimo legal mensual vigente.

Así las cosas, a efectos de realizar el cálculo actuarial Colpensiones, fondo este al cual se encuentra afiliado el demandante, se itera, deberá tener en cuenta los salarios devengados por el demandante para cada anualidad, mes a mes, junto con todos los factores constitutivos de salario tales como: sueldo básico, primas de servicios, los pagos por trabajo suplementario y horas extra, la prima de antigüedad y los pagos por alimentación y alojamiento.

Por último, como quiera que los salarios percibidos por el demandante se encuentran fijados en moneda extranjera, al momento de efectuarse las operaciones aritméticas de rigor, se deberá aplicar la tasa de cambio



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

representativa de cada año. En tal virtud, se modificará la sentencia apelada en este aspecto.

DE LOS DESCUENTOS EN EL PORCENTAJE QUE LE INCUMBE AL TRABAJADOR.

Ruega la demandada Federación Nacional de Cafeteros por el débito que se debe hacer en el monto a pagar por concepto de cálculo actuarial, en torno al porcentaje en el que se veía obligado el trabajador a aportar en pensión.

Para resolver dicha disparidad, basta con indicarse que tal descuento no resulta procedente y por ende, corresponde a la empleadora, sufragar la totalidad del aporte, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2791 del 28 de julio de 2020, oportunidad en la que la Alta Corporación moduló que:

«Lo anterior se traduce en que es el empleador quien debe asumir íntegramente el valor del cálculo actuarial, por cuanto en el periodo en que no medió afiliación, independiente de la razón para ello, era el único responsable del riesgo pensional, en tanto que, en tal interregno la obligación estuvo a su cargo. De ahí que, no le asista razón a la censura de pretender que el valor del cálculo actuarial sea distribuido entre él y el extrabajador en la misma proporción prevista legalmente para los aportes pensionales (sentencias CSJ SL3807-2019 y CSJ SL1179-2020).

Aunado a lo anterior, recuérdese que la obligación de cubrir los tiempos servidos por el actor cuando no hubo cobertura del Instituto de Seguros Sociales, a través de cálculo actuarial, se derivada del artículo 76 de la Ley 90 de 1946 y de las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como se explicó ampliamente en el ataque anterior, disposiciones estas que no previeron que el trabajador deba concurrir en su pago.

(...)

En los términos del citado precepto legal, corresponde al «empleador o la caja» el traslado del cálculo actuarial, sin que en parte alguna haga alusión a obligación de ese pago también en cabeza del trabajador, cuyos riesgos, se itera, antes de la cobertura del ISS, estaban a cargo exclusivo del primero.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

De ahí, que el Juez de alzada no haya incurrido en aplicación indebida del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

Además, sería desproporcionado pensar en que el trabajador deba concurrir con el pago del cálculo actuarial, en razón a que éste como parte débil de la relación laboral, tendría al final que asumir por su cuenta parte del derecho y todas las gestiones administrativas para satisfacerlo, lo cual podría afectar la materialización del derecho pensional. En consecuencia, por todo lo expuesto, el Tribunal no cometió el error jurídico que se le endilga, por ende, el cargo no prospera».

Así pues, que encontrándose la obligación de provisión en cabeza del empleador, es que resulta improcedente la aspiración del extremo demandado en torno a los descuentos pretendidos, pues se itera, tanto el aporte como el aprovisionamiento se encontraban directamente en cabeza del empleador.

DE LA ENTIDAD ENCARGADA DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DEL CALCULO ACTUARIAL

Al respecto, debe señalarse que la demandada Asesores en Derecho SAS mandataria en representación con cargo al Patrimonio Autónomo Panflota, en virtud del contrato de mandato suscrito con Fiduprevisora S.A. vocera y administradora del referido patrimonio, es la llamada a atender las solicitudes y trámites pensionales de los ex trabajadores de la Flota Mercante, por lo que con base en ello y en lo dispuesto por la Superintendencia de Sociedades en auto del 7 de mayo de 2013, debe expedir el respectivo acto administrativo en el que ordene a Fiduprevisora S.A. que con los recursos de Panflota pague el cálculo actuarial en comento.

DE LA SOLIDARIDAD DE LA FEDERACIONAL NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Sobre el particular, resulta indispensable recordar que la Corte Constitucional en Sentencia SU – 1023 de 2001, determinó de forma transitoria la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros en los términos del parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, pues en el numeral 8° señaló que dicha responsabilidad debía ser declarada por los Jueces Ordinarios. Lo anterior, por cuanto la Superintendencia de Sociedades mediante auto del 22 de noviembre de 2012, estableció en el artículo 5°:

«MODIFICAR el artículo vigésimo tercero del Auto 400 – 010928 del 28 de agosto de 2012, el cual quedará así: ARTÍCULO VIGESIMO TERCERO. – ADVERTIR a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, que estará a su cargo el reconocimiento de la calidad de pensionados, así como también de las sustituciones pensionales. (...)» (Subrayado fuera de texto).

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia Sala de casación Laboral no ha sido indiferente a la problemática aquí planteada, por el contrario, ha fijado un lineamiento pacífico y decantado en torno a la obligación que recae en la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, al establecer que en aquella confluye una responsabilidad subsidiaria al ostentar una actividad controlante respecto de la Flota Mercante. De este modo, en la Sentencia con radicación SL 471 de 2019, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, la Alta Corporación enseñó:

«Ahora bien, como se señaló en el itinerario procesal el ad quem para deducirle responsabilidad subsidiaria a la Federación, una vez estableció su carácter de controlante, partió de la aplicación del parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, que fue derogado por el artículo 126 de la Ley 1116 de 2006 de insolvencia empresarial; no obstante, esta última en su artículo 61 lo reprodujo casi textualmente de la siguiente forma:

De los controlantes. Cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial, haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o proceso de liquidación judicial, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad está en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

sus vinculadas, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente.

Bajo tal dirección, se configura la presunción iuris tantum o legal y, por tanto, se constituye en la fuente normativa de la predicha responsabilidad subsidiaria, que admite prueba en contrario como lo consagra la norma en cita, conforme al artículo 66 del Código Civil, que establece que «se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume» y, en consecuencia, tal posibilidad estará a cargo de quien contradice la existencia del supuesto normativo en el caso concreto.

Para este asunto, la presunción de la responsabilidad permite partir de la base de que la situación de concordato o liquidación obligatoria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante se causó como efecto de la subordinación que la vincula a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café y, en tal medida, las obligaciones de la sociedad en liquidación deben ser asumidas por la matriz o controlante, salvo que esta se ocupe de demostrar lo contrario. Tal y como lo adujo esta Sala en sentencia CSJ SL15310-2014»

Criterio que fuera igualmente acogido en la sentencia SL 3573 de 2020, oportunidad en la que el Órgano de cierre en materia ordinario laboral enseñó:

«Así las cosas, al tratarse de una presunción que permite inferir que el hecho de la liquidación obligatoria de la sociedad ocurrió con ocasión de las actuaciones realizadas por la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato y, además, que estos constituyen hechos que el Tribunal tuvo por no desvirtuados por la parte interesada, es claro que la condena subsidiaria impuesta a la Federación demandada por las obligaciones de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. en liquidación debe permanecer incólume».

Establecido lo precedente, y en aras de determinar si la encartada Fondo Nacional de Cafeteros logró derruir la presunción prevista en el artículo 148 de la Ley 222 de 1995, para así librarse de la condena subsidiaria que le fue impuesta en primera instancia, debe decirse, que en manera alguna las pruebas que allegó la demandada logran desvirtuar tal presunción. Lo anterior se afirma, por cuanto pese a que al expediente se allegó una serie de decisiones judiciales, el contrato de promesa de venta suscrito entre la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante y la Federación Nacional del Café. Contrato de administración del Fondo Nacional del Café 2016-2026,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

estatutos de dicha sociedad, actas de comité, reportes anuales emitidos por la Flota Mercante, entre otras, ninguno de dichos médicos probatorios, tiene la virtualidad de desestimar la presunción en cita, pues lejos de ello, lo que se advierte es la continua subordinación de la Entidad liquidada para con el aquí demandado Fondo, por demás, que en las decisiones judiciales traídas por el extremo pasivo, nada disímil a lo aquí ordenado se logra advertir.

Por manera que, al no desvirtuarse la presunción de subordinación y los efectos propios de la misma en torno a la liquidación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, es que surgen las consecuencias previstas en el artículo 148 de la Ley 222 de 1995, al ser la Federación Nacional de Cafeteros la matriz o controlante de la Flota Mercante. Razón por la cual se confirmará la sentencia en este aspecto.

DEL DEBER DE SUMINISTRAR LOS DOCUMENTOS NECESARIOS PARA LA LIQUIDACIÓN DEL BONO PENSIONAL.

Se duelen las demandadas Asesores en derecho S.A., y Fiduprevisora S.A., de la orden impartida en primera instancia encaminada a que aquellas suministren la totalidad de documentos que sirven de soporte para la liquidación del cálculo actuarial, pues al sentir de las encartadas, dicha orden escapa de la esfera de sus competencias.

A fin de desatar la problemática planteada, basta con indicar que el numeral 9° de la cláusula 4ª del contrato de fiducia mercantil celebrado entre la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., y Fiduprevisora S.A., dispone como obligación a cargo de la de la Fiduciaria «9) Administrar el archivo de la Compañía Inversiones de la Flota Mercante S.A., en Liquidación Obligatoria y del Fideicomiso, servicio que se encuentra contratado con la firma SETECSA S.A...».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Pues bien, tal como lo dispone el clausulado transcrito, si bien es cierto, existe un contrato para la administración de la información y los archivos de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, suscrito con la firma Setecsa S.A., también lo es, que es la Fiduciaria la Previsora S.A., la entidad obligada a administrar dicho archivo, pues así se estipuló en el contrato de fiducia mercantil celebrado entre la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., y Fiduprevisora S.A., razón por la cual, es esta y no otra, la llamada a garantizar la entrega de la información que se requiera a efectos de la elaboración del cálculo actuarial del demandante; en tal virtud, se modificara la sentencia en este aspecto.

DE LA CONDENA SOLIDARIA RESPECTO AL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Recorre la parte demandante la absolución respecto a la condena solidaria frente a la demandada Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al considerar que dado que el estado colombiano se encuentra obligado a cancelar todos los remantes que resulten de los contratos de administración del Fondo Nacional del Café.

Para resolver, basta con indicar que la responsabilidad solidaria en los derechos prestacionales que se derivan de la relación laboral originada con la Flota Mercante Grancolombiana S.A., ha sido dispuesta de manera reiterada y, como se expuso a lo largo del presente proceso, se encuentra a cargo de la empresa matriz, o subordinante, misma que se acreditó en cabeza de la Federación Nacional de Cafeteros al contar aquella con la mayoría de acciones en la extinta Entidad, aspecto que no puede predicarse de la demandada Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues aquí en nada tuvo que ver en torno a la liquidación de la citada Flota, no encajando la conducta en las disposiciones del artículo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

148 de la Ley 222 de 1995. Del mismo modo, no se presenta ninguna de las figuras dispuestas en los artículos 34 y ss., del C.S.T., para declarar solidaridad alguna en torno a la Cartera. En tal virtud, tal aspiración no encuentra vocación de prosperidad.

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Reprocha la parte demandante la declaratoria oficiosa del medio exceptivo denominado petición antes de tiempo, pues a su decir, el demandante a la fecha en que se profirió el fallo contaba con el pleno de los requisitos para acceder a la pensión de vejez presita en la Ley 797 de 2003.

Conforme a lo anterior, la norma aplicable para establecer el derecho pensional sería con la que venía a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, que no es otra que la contenida en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual exige como requisitos para acceder a la pensión de vejez, acreditar 60 años de edad el hombre y 55 años la mujer, haber cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo o 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

Al constatar si el actor reúne los requisitos para acceder a la pensión deprecada, se tiene que el demandante nació el 7 de octubre de 1957, cumpliendo los 62 años de edad el mismo día y mes del año 2019; que según se desprende del reporte de semanas emitido por la Administradora Colombiana de pensiones –Colpensiones, vista a folio 425 del cuaderno 3 del expediente digital, el accionante reporta un total de 1.113,43 semanas cotizadas a pensión a 30 de abril de 2018, data de la última cotización registrada, las que sumadas a los periodos acreditados y laborados para la Flota Mercante Grancolombiana S.A., para el interregno de 21 de febrero de 1983 al 6 de noviembre de 1990, arrojan un total de 1.509 semanas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Dilucidado lo anterior, se tiene que el artículo 9ª de la Ley 797 de 2003, establece que:

«Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015».

De este modo, se tiene que en efecto, el demandante cumple con los requisitos de semanas y edad contemplados en la norma pensional para hacerse beneficiario de la prestación que por esta vía reclama y si bien, al momento de interponer la demanda, aún no contaba con el pedimento de edad, lo cierto es que en el devenir del proceso lo acreditó, pues cumplió los 62 años de edad el 7 de octubre de 2019, y siendo un derecho que se encontraba en discusión en el plenario, bien puede despacharse favorablemente esta aspiración.

Así las cosas, habrá de revocarse en este punto la sentencia apelada, para en su lugar, condenar a Colpensiones a reconocer y pagar la prestación pensional de vejez a favor de Javier Jaramillo Londoño, a partir del 7 de octubre de 2019, en los términos previstos en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, y 21 de la Ley 100 de 1993, este último en tanto el promotor acredita una densidad de semanas superior a las 1250, se aclara, que corresponderá a la Entidad pensional liquidar la prestación pensional aquí reconocida, en tanto como se expuso en precedencia, al interior del proceso no se acreditó en su totalidad los ingresos bases de cotización para cada anualidad, mes a mes.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DE LOS INTERESES MORATORIOS

Sobre el tema, el artículo 141 de la ley 100 de 1993 es claro 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, a título de indemnización por la cancelación tardía de su derecho pensional.

No obstante lo anterior la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, ha enfatizado que no habrá lugar a la imposición de los mismos, cuando quiera que la decisión de negar la prestación obedezca a un respaldo normativo, y así lo precisa en la sentencia con Rad. 3232 de 2016, M.P Clara Cecilia Dueñas, al explicar:

«Ahora bien, de forma excepcionalísima y particular, esta Corporación ha estimado que la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función propia de interpretar las normas (CSJ SL787-2013)».

Siendo ello así, para esta Sala no hay lugar a imponer ningún tipo de condena título de intereses moratorios, por cuanto Colpensiones no podía conceder el derecho pensional previo al presente proceso, en la medida en que este se consolidó, tras tener en cuenta el cálculo actuarial cuya condena vino a ser determinada en la presente litis, en la medida en que el número de semanas que tenía cotizadas el demandante le resultaban insuficientes para acceder a la prestación anhelada, sin perder de vista que al momento de darse inicio al proceso, el actor tampoco contaba con la edad requerida. .

DE LA INDEXACION



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Al respecto, ha sido clara y constante la jurisprudencia de la Corporación de cierre de la Jurisdicción Laboral, en establecer la improcedencia en condenar de manera simultánea por intereses moratorios e indexación, entre otras, en la sentencia 39140 del 6 de septiembre de 2012, mediante la cual enseño:

“Cabe recordar, al margen, que el criterio actualmente imperante en la Sala es el de la incompatibilidad de intereses moratorios con la indexación, ya que los primeros involucran, en su contenido, un ingrediente revaloratorio; tal como se dijo, al rectificar el antiguo criterio de compatibilidad de ambas figuras vertido en sentencia del 1º de diciembre de 2009, radicación 37279, en la sentencia del 6 de diciembre de 2011, radicación 41392, la que acogió, para ello, pronunciamiento de la Sala de Casación Civil de la esta misma Corporación datado el 19 de noviembre de 2001, expediente 6094.”

Motivo por el cual, y al no existir condena por concepto de intereses moratorios, es dable condenar a la demandada a indexar el monto de las mesadas pensionales, desde la data de su causación hasta la fecha de su correspondiente pago.

DE LA INDEMINIZACION POR DAÑOS MORALES Y MATERIALES

Peticiona la parte demandante la condena en torno a la indemnización por daños morales y materiales que sufrió al no materializarse el reconocimiento del derecho pensional.

Así, de tiempo atrás lo ha sentado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, que para que proceda este tipo de condenas, es deber de la parte probar el daño sufrido y los perjuicios causados, aspecto este que no acaeció en el sub lite, pues la parte actora tan sólo afirma que el daño se presume como consecuencia de la dilación en el reconocimiento pensional, pese a ello, como se indicó en el acápite de intereses moratorios, existía una imposibilidad de reconocimiento por parte de Colpensiones ante la ausencia de requisitos para acceder a la prestación pensional



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

pretendida. En tal virtud, se confirmará lo resuelto en primera instancia sobre este aspecto.

Por último, la parte convocante a juicio, se duele de la no imposición de costas a cargo de las demandadas, al considerar que tal condena surge como consecuencia lógica de haber sido derrotadas en el proceso y haber ejercido oposición a las pretensiones de la demanda.

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 concepto costas procesales, del cual, en su numeral 1° dispone 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 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Así, considera la Sala que le asiste razón a la parte demandante al reprochar la no imposición de condena en costas en cabeza de las accionadas, pues como se indicó en precedencia, la parte demandante se vio compelida 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 costas a cargo de quien dio lugar al *Litis*.

En esa medida, habrá de revocarse la sentencia apelada, en el entendido de condenar en costas de primera instancia a las encartadas dadas las resultas del proceso, y para tal efecto se deberán liquidar las mismas por el *a quo*.

COSTAS

En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros y de la Fiduciaria la Previsora S.A., -Fiduprevisora S.A., dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$700.000, para cada una. No habrá lugar a su imposición frente a las demás apelantes ante la prosperidad de los recursos.

En mérito de 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.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral octavo de la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de esta ciudad, el 11 de septiembre de 2020, dentro del proceso promovido por **JOAQUÍN EMILIO**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

BELTRÁN ROMERO contra la **SOCIEDAD ASESORES EN DERECHO S.A.S.**, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, como administradora del **FONDO NACIONAL DEL CAFÉ**, la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, como vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTONOMO PANFLOTA**, la **NACION - MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO** y la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**, en lo que tiene que ver con la declaratoria de oficio de la excepción denominada petición antes de tiempo, para en su lugar, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, a reconocer y pagar la prestación pensional de vejez a favor de Javier Jaramillo Londoño, a partir del 7 de octubre de 2019, en los términos previstos en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, y 21 de la Ley 100 de 1993, este último en tanto el promotor acredita una densidad de semanas superior a las 1250, se aclara, que corresponderá a la Entidad pensional liquidar la prestación pensional aquí reconocida, en tanto como se expuso en precedencia, al interior del proceso no se acreditó en su totalidad los ingresos bases de cotización para cada anualidad, mes a mes..

SEGUNDO: REVOCAR el numeral noveno de la sentencia apelada, para en su lugar, **CONDENAR** en costas de primera instancia a las encartadas dadas las resultas del proceso, y para tal efecto líquidense las mismas por el *a quo*, conforme a lo dispuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de la referencia, para en su lugar, **ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, a que proceda a efectuar la liquidación del cálculo actuarial respecto de la relación laboral declarada en sede judicial, para el lapso comprendido entre el 21 de febrero de 1983 y el 6 de noviembre de 1990, tomando para tal efecto los salarios devengados por el demandante para cada anualidad, mes a mes, junto con todos los factores



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

constitutivos de salario tales como: sueldo básico, primas de servicios, los pagos por trabajo suplementario y horas extra, la prima de antigüedad y los pagos por alimentación y alojamiento, y los demás que se contemplan en los artículos 127 y 135 del C.S.T. para tal efecto, y como quiera que los salarios percibidos por el demandante se encuentran fijados en moneda extranjera, al momento de efectuarse las operaciones aritméticas de rigor, se deberá aplicar la tasa de cambio representativa de cada año, recalándose que en el evento en que no se acredite el salario percibido por el demandante, en alguno de los periodos en que prestó su fuerza de trabajo a favor de la Flota Mercante Grancolombiana S.A., deberá tenerse como presunto, el salario mínimo legal mensual vigente. Todo esto, en atención a las certificaciones que para tal efecto suministre la Fiduciaria la Previsora S.A., entidad a la que desde ya, se le **ORDENA** trasladar a Colpensiones la documental que requiera para efectos de la elaboración del citado calculo, lo anterior conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

.

CUARTO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia recurrida, en el entendido de **ORDENAR**, a la demandada Asesores en Derecho S.A.S., mandataria en representación con cargo al Patrimonio Autónomo Panflota, a expedir el respectivo acto administrativo en el que ordene a Fiduprevisora S.A. que con los recursos de Panflota pague el cálculo actuarial en comento. Del mismo modo, una vez emitido el acto administrativo por parte de la sociedad Asesores en Derecho S.A.S., corresponderá a la Fiduciaria la Previsora S.A., Fiduprevisora S.A., como vocera y administradora del patrimonio autónomo Panflota, pagar con los recursos del mismo, el cálculo objeto de condena, a plena satisfacción de Colpensiones, y en caso de no contar con ello, se **ORDENA** a la Federación Nacional de Cafeteros, en calidad de administradora del Fondo Nacional del Café, gire con destino al PAR, los recursos para que éste cumpla con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

las obligaciones a su cargo; conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

CUARTO: COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros y de la Fiduciaria la Previsora S.A., -Fiduprevisora S.A., dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$700.000, para cada una. No habrá lugar a su imposición frente a las demás apelantes ante la prosperidad de los recursos.

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 ALEREDO 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-