



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MIGUEL ANTONIO TAYO VELANDIA** CONTRA **ÁGORA DISEÑO Y EXHIBICIÓN S.A.S. Y COMERCIALIZADORA ARTURO CALLE S.A.S.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno (2021), 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»



S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **MIGUEL ÁNGEL TAYO VELANDIA**, por intermedio de apoderado judicial, persigue se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido con la sociedad ÁGORA DISEÑO Y EXHIBICIÓN S.A.S. desde el 19 de julio de 2014, para desempeñar el cargo de Carpintero Instalador, el cual fue terminado ese mismo día de manera unilateral y sin justa causa del patrono, decisión que se torna ineficaz por encontrarse en estado de debilidad manifiesta, al haber sufrido un accidente de trabajo; asimismo, se declare que la beneficiaria de la obra ejecutada corresponde a COMERCIALIZADORA ARTURO CALLE S.A.S, quien junto con la empleadora, son solidariamente responsables a título de culpa patronal por el accidente de trabajo que padeció. Como consecuencia, se condene a las demandadas al pago de los salarios, las primas de servicios, las cesantías, los intereses a las cesantías y las vacaciones generadas desde el 19 de julio de 2014 hasta la fecha, junto con la indemnización moratoria, perjuicios materiales a título de daño emergente, lucro cesante consolidado y futuro, perjuicios morales en lo que corresponde a daño moral objetivado y subjetivado, en valor de 100 SMLMV, la suma de \$11.000.000 a título de atención médica asistencial que le fue prestada, intereses corrientes y moratorios, indexación, costas y agencias en derecho (fls. 4 a 6).

Fundamenta su *petitum* en los supuestos de facto relatados a folios 6 a 13 de las diligencias, que en síntesis advierten que inició a laborar al servicio de ÁGORA DISEÑO Y EXHIBICIÓN S.A.S. el día 19 de julio de 2014, bajo la modalidad de un contrato de trabajo verbal a término fijo, para desempeñar el cargo de Carpintero Instalador en la ciudad de Medellín en las instalaciones del Centro Comercial Plaza Mayor, sobre



el Stand 42 de Comercializadora Arturo Calle S.A.S. Refiere que al inicio de la relación laboral se encontraba en perfecto estado de salud; que una de las funciones a desempeñar consistía en descargar un camión que transportaba todo el material para el montaje del Stand, la cual constituye una labor repetitiva que se realiza en alturas superiores a 1.40 metros, respecto de la cual no recibió capacitación alguna, además, no le fueron entregados los elementos de protección personal ni la dotación necesaria. Aduce que ese 19 de julio de 2014, mientras se encontraba descargando un material para el montaje se presentó una caída de láminas que ocasionó el atrapamiento de su miembro inferior izquierdo a la altura de la cadera, ante lo cual fue trasladado al Hospital General de Medellín Luz Castro de Gutiérrez ESE, en donde le fue diagnosticada fractura petrocaneriana, que requirió una intervención quirúrgica y hospitalización por el término de 7 días. Que al ingresar a la entidad prestadora de servicios de salud se enteró que no fue afiliado por las demandadas al Sistema Integral de Seguridad Social (ARL, EPS y administradora de pensiones), por lo que debió suscribir un pagaré, en tanto los servicios médicos que le fueron prestados arrojó un costo de \$11.000.000, acotando que solo pudo pagar \$150.000 que su familia reunió quienes además, debieron asumir el costo de traslado, dado que su residencia se encontraba ubicada en la ciudad de Bogotá.

Aduce que la solicitud de servicios médicos y el ingreso al Hospital fue firmada por la señora Angélica Pinzón en calidad de encargada de las actividades de Ágora Diseño y Exhibición S.A.S. Añade que el mismo 19 de julio de 2014 fue despedido vía telefónica por el representante legal de la sociedad empleadora, a causa del accidente de trabajo que padeció. Que según información suministrada por Ágora Diseño, fue vinculado como asegurado a una póliza de accidentes personales de la compañía Metlife, ante quien solicitó el reconocimiento de la correspondiente indemnización, no obstante, recibió respuesta



negativa bajo el argumento que la reclamación debía ser formulada por el empleador. Reseña que con anterioridad había sido contratado por Ágora Diseño para desempeñar similares tareas, previa afiliación a la ARL Positiva. Concluye indicando que le fueron ordenadas dos incapacidades durante 30 días cada una y que no ha recibido pago alguno por concepto de salarios, prestaciones sociales, vacaciones e indemnización por despido sin justa causa, desde el 19 de julio de 2014, lo cual fue reclamado mediante escrito de fecha 11 de julio de 2017, debidamente recibido por las convocadas.

CONTESTACIÓN: La demandada **COMERCIALIZADORA ARTURO CALLE S.A.S.**, contestó el *libelo introductor* oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, aduciendo para el efecto que con el demandante jamás ha existido relación laboral, ni de ninguna otra índole que la pueda hacer responsable de las obligaciones reclamadas. Agrega que requirió de un Stand denominado Arturo Calle Colombia Moda 2014 en la ciudad de Medellín para los días 23 a 25 de julio de 2014, para lo cual celebró un contrato de alquiler del Stand 42 con Ágora Diseño y Exhibición, dentro del que nunca se solicitó la prestación de servicio de personal para la ejecución de la obra o labor, de manera que desconoce la existencia del demandante y todo aquello que le hubiere sucedido en desarrollo del contrato laboral con Ágora Diseño. Indica que no le es aplicable el régimen de responsabilidad previsto en el artículo 34 del CST, como quiera que su objeto social nada tiene que ver con el alquiler de stand, construcción y ensamblaje de stand, que por su parte si tiene Ágora Diseño y Exhibición S.A.S.

Excepciones: Propuso como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, compensación, buena fe, falta de título y causa. (folios 119 a 137).

A su turno, la demandada **ÁGORA DISEÑO Y EXHIBICIÓN S.A.S.** dio contestación a la demanda a través de *curador ad litem*, oponiéndose a



las pretensiones de la demanda. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados prescripción y la genérica. (folios 188 a 191).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 21 de septiembre de 2021, resolvió **declarar** probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuesta por Comercializadora Arturo Calle; **absolver** a la demandada Ágora Diseño y Exhibición S.A.S de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante; **sin costas** en la primera instancia. (Cd. a folio 231).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, de las pruebas debidamente recaudadas se encuentra demostrada la prestación del servicio del demandante a favor de Ahora Diseño y Exhibición S.A.S. el día 19 de julio de 2014, pues las testimoniales fueron claras en señalar que el actor se desplazó a la ciudad de Medellín para encargarse de montar y desmontar el Stand 42 de Arturo Calle, no obstante, la presunción que operó se desvirtuó con el mismo haz probatorio, en tanto las declaraciones refirieron que la sociedad vinculaba contratistas para determinados montajes, a más que de conformidad con lo señalado por el señor Pablo Rugeles Ochoa, Ágora nunca contrató de forma directa al demandante, ni aun en calidad de contratista, pues este realmente conformó el grupo de trabajo del contratista Fernando Rodríguez, quien había sido su verdadero empleador, dicho que coincide con lo manifestado por Ágora Diseño en respuesta a derecho de petición elevado por el convocante, por manera que no es procedente declarar el contrato deprecado con la empresa en mención, lo que de contera impide reconocer la responsabilidad solidaria de Comercializadora Arturo Calle, dado que ello pendía del reconocimiento de la pretensión principal, esto es, el contrato de trabajo alegado. Concluye indicando que en todo caso, no concurren los requisitos para acceder a las pretensiones condenatorias, porque las demandadas presentan objeto social completamente diferente; además, el actor no acreditó el despido sin justa causa, como tampoco, la condición de salud que lo ubicada en estado de debilidad manifiesta, como es una PCL igual o superior al 15%.



RECURSO DE APELACIÓN:

El DEMANDANTE interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación aduciendo en síntesis como motivos de disidencia, que el Juzgado ha incurrido en una violación indirecta por error *in iudicando*, al manifestar que no se configuran los elementos constitutivos del contrato de trabajo, cuando en el folio 35 se observa el reporte de atención hospitalaria, que da cuenta de la acompañante la señora Angélica Pinzón, quien fue señalada por los testigos Pablo César Rugeles y Pablo Celi Pérez como la persona que laboraba directamente para Ágora Diseño, que coordinó y supervisó la actividad contratada. Refiere que el *a quo* impuso al demandante una especie de tarifa legal al exigirle escritos relativos a la existencia de la relación laboral, lo cual contraría el sistema laboral, que se caracteriza por la libre apreciación racional, reiterando que efectivamente se demostró que la señora Pinzón perteneciente al Departamento Comercial según lo constatado a folio 150, figura como su acompañante en su atención médica y es ella quien refiere que su accidente lo fue de origen laboral. Aduce que se demostró la culpa patronal, al estar debidamente acreditado que no se le prestó ningún tipo de ayuda, ni se le suministraron los elementos de protección. Indica que a folio 78 milita observador de la Compañía de Vigilancia en el que se informa sobre la existencia de unas planillas en las que se refiere como su verdadero empleador a Ágora Diseños, las cuales resultan de mayor relevancia para el caso objeto de estudio, y por tal motivo el Tribunal en ejercicio de su poder discrecional de manera oficiosa puede requerir esa documental para que haga parte de las diligencias. Así, concluye que se encuentra ampliamente demostrado el contrato verbal aducido, en cuya ejecución acaeció su accidente de trabajo, que quedó registrado en el informe inicial dado por los paramédicos que lo socorrieron en el Centro Comercial, además,



sostiene que en el presente caso si concurre la responsabilidad solidaria de Comercializadora Arturo Calle.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Este extremo procesal solicita la nulidad de las declaraciones efectuadas por los señores, EURÍPIDES SUTAMARCHÁN y PABLO CELY PÉREZ, por cuanto los mismos se recaudaron sin garantizar la regla consagrada en el artículo 220 del C.G.P. relativa a que *“Los testigos no podrán escuchar las declaraciones de quienes les precedan”*; ello, en aplicación del artículo 229 de la C.P., que de contera implica dejar sin efecto el fallo proferido por el Juzgado de Conocimiento.

Añade que en todo caso, debe revocarse la decisión opugnada porque de la correcta valoración de las pruebas arrimadas al proceso se puede establecer la posición de patronaje y jerarquía que ostentaba la compañía ÁGORA DISEÑO Y EXHIBICIÓN esto sin dejar de lado que a folio 35 obra *“REGISTRO DE ATENCIÓN PREHOSPITALARIA”* de la Cruz Roja Seccional Antioquia, a *ítem* tipo de evento se señala Accidente Laboral, de igual manera a folio 81 milita documento de la empresa Segurtec, en la que en respuesta a derecho de petición elevado por el demandante a numeral 3 la empresa responde que existe una planilla que fue entregada por ÁGORA DISEÑO Y EXHIBICIÓN como constancia de pago de seguridad social (arl, eps y pensión), lo cual no fue analizada por el fallador de instancia ocasionando con esto el proferimiento de un fallo que no guarda relación con lo probado. Igualmente, aduce que el Juzgado no consideró que la comercializadora Arturo Calle omitió el



deber de proceder con la verificación de acreditación de vinculación a la seguridad social de la empresa a la que contrató para la instalación del stand, si hubiera efectuado esta verificación, el actor hubiera sido cobijado por el sistema de la seguridad social en debida forma y no hubiera afrontado las vicisitudes prestacionales ni obligaciones crediticias que incluso a la fecha se encuentran vigentes (recuérdese que se adeuda la cuenta de atención en el HOSPITAL GENERAL DE MEDELLIN), en este sentido con la decisión adoptada por el Despacho de primera instancia se expone al demandante a la continuación de la vulneración de sus derechos.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las excepciones del *contestatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de apelación, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades de la alzada², el determinar si del material probatorio recaudado se logra comprobar la existencia de una vinculación de carácter laboral entre el demandante y Ágora Diseños y Exhibición S.A.S.; de acreditarse lo anterior, corroborar la consumación de una culpa patronal y de un despido en condiciones de debilidad manifiesta del trabajador.

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



Atendiendo el resultado anterior, determinar la presencia de solidaridad con la llamada Comercializadora Arturo Calle, junto con la materialización de las acreencias laborales y las indemnizaciones 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 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 en el expediente, dentro del cual aparece: Informe eventos masivos Cruz Roja Colombiana (fl. 34); Registro de Atención Hospitalaria Cruz Roja Colombiana (fl. 35), historia clínica del demandante (fls. 36 a 55), certificación cobertura póliza accidentes personales expedida por la aseguradora Metlife (fls. 56 a 57 y 61 a 62), formulario de reclamación por siniestro y su respuesta (fls. 58 a 60), póliza de seguro de accidentes personales y anexos (fls. 63 a 75), respuesta derecho de petición emitida por Inex Moda (fls. 76 a 77), comunicados emitidos por Segurtec Ltda. (fls. 78 a 82), respuestas derechos de petición emitidas por Comercializadora Arturo Calle (fls. 83 a 85, 152 a 154 y 159 a 162), respuestas derechos de petición emitidas por Ágora Diseño y Exhibición (fls. 86 a 87), orden de remisión Ágora Diseño y Exhibición (fl. 88), derechos de petición elevados por el demandante (fls. 89 a 91, 95 a 97 y 155 a 158), propuesta COT. 14-2160, emitida por Ágora Diseño y Exhibición con destino a Comercializadora Arturo Calle (fls. 148 a 150), comunicación emitida por el Hospital General de Medellín Luis Castro de Gutiérrez ESE (fls. 219 a 222). Del mismo modo fueron escuchados los testimonios de Eurípides Sutamarchán Sierra, Pablo Cely Pérez y Pablo César Ochoa, así como el interrogatorio de parte de la llamada Comercializadora Arturo Calle.

De esta manera, a fin de esclarecer el vínculo contractual que ató a las partes, se tiene que a folios 56 a 57 obra certificación expedida por Metlife Colombia Seguros de Vida S.A. en la cual se hace constar que varias personas, entre ellas el demandante, tienen cobertura bajo la póliza de Accidentes Personales No. 1053952 a nombre de Ágora Diseño y Exhibición Ltda., para los amparos de muerte, desmembración, reembolso de gastos médicos por accidente, entre otros, que para el caso del actor reporta como fecha de inicio el 19 de julio de 2014 y fecha de finalización el 26 de julio de similar año.



Igualmente a folio 78, la empresa Segurted Ltda. certificó que el 19 de julio de 2014 en desarrollo del evento realizado en Colombia Moda 2014, el señor Miguel Ángel Tayo presentó accidente al interior de un camión, mientras estaba laborando con la empresa Ágora.

De las documentales en referencia podría en principio referir este Juez Colegiado que el demandante prestó sus servicios personales a favor de la demandada Ágora Diseño y Exhibición S.A.S, a lo menos el día 19 de julio de 2014, tal y como se aseguró desde el *libelo demandatorio*, empero, no debe pasarse por alto que el fallador debe efectuar una valoración conjunta de las pruebas debidamente decretadas y practicadas en las diligencias, en aras de formar su convencimiento sobre los hechos que sirven de soporte de las pretensiones, ejercicio que para el caso analizado, contrario a lo establecido en los documentos en referencia, lleva a la Sala a concluir que el demandante en realidad no prestó sus servicios personales directamente a favor de la sociedad en mención.

Lo anterior, por cuanto de la versión rendida por el testigo propuesto por el propio demandante en su escrito inicial, Pablo César Rugeles Ochoa como trabajador de Ágora en el cargo de Diseñador desde el año 2009 hasta el año 2016, es posible constatar que la sociedad recurría a contratistas para hacer montajes en distintas ferias, a cambio de una contraprestación que era negociada con la gerencia, acotando que cada contratista conformaba su propio grupo de trabajo, con el número de personas que este considerara, de acuerdo al tamaño del proyecto y al tiempo del montaje. Refirió además que, en el caso del demandante, este prestó sus servicios en un evento de Colombia Moda en Medellín, como carpintero miembro del grupo de trabajo del contratista Fernando Rodríguez, precisando que el cliente del Stand era Arturo Calle y que, para prestar ese tipo de servicios, Ágora Diseño subcontrataba el montaje con otras personas.



De suerte que, si bien Comercializadora Arturo Calle contrató los servicios de alquiler de Stand con la accionada Ágora Diseño y Exhibición, lo cierto es que esta recurrió a un subcontratista para hacer el respectivo montaje, que para el caso lo fue el señor Fernando Rodríguez, quien, a su vez, para desarrollar la labor conformó su grupo de trabajo, en el cual se encontraba el demandante como carpintero.

En ese orden de ideas, no puede concluirse que el actor prestó sus servicios directamente a favor de la encartada Ágora Diseño y Exhibición, como quiera que del dicho del testigo Pablo Rugeles, en realidad lo fue a favor de un tercero que actuó como subcontratista, sobre quien en todo caso no puede recaer ninguna declaración o condena, en la medida que no fue vinculado al proceso por la parte activa.

Tal figura de subcontratación no puede entenderse desdibujada por la sola presencia de la señora Angelica Pinzón, en la atención prehospitalaria y hospitalaria que se le brindó al demandante con ocasión al accidente que sufrió por una caída de unas láminas en su cadera, pues aunque aquella hacía parte del Departamento Comercial de Ágora Diseño como da cuenta el legajo obrante a folio 150, lo cierto es que la calidad de acompañante de aquélla que se indica en el folios 35 y 219 del expediente, por sí sola no denota que esta estuviere ejerciendo subordinación laboral del actor, y menos aun cuando el propio testigo Paulo Rugeles precisó que la función de esta en el evento llevado a cabo en Medellín, consistía en encargarse de la atención al cliente, relatando además, que el contratista Fernando estaba pendiente de su equipo de trabajo para que cumpliera los tiempos de montaje y que Angélica estuvo al frente del accidente del accionante por cuestiones de tiempo.



Por tanto, contrario a lo que se insinúa en la alzada, del dicho del declarante no puede advertirse referencia alguna relativa al ejercicio de la subordinación laboral de la señora Angélica Pinzón como representante de Ágora Diseño sobre el señor Tayo Velandia, que pudiere evidenciar una verdadera relación laboral entre el demandante y la empresa en mención.

Ahora bien, pese a que los testigos Eurípides Sutamarchán Sierra y Pablo Cely Pérez afirmaron que el convocante fue vinculado por Ágora Diseño, precisando este último que lo fue en calidad de contratista y que Angélica Pinzón figuró como jefe del grupo de trabajo, en el cual estaba incluido el actor, lo cierto es que tales declaraciones no merecen credibilidad para la Sala de Decisión, en la medida que no se advierte el cumplimiento de la formalidades establecidas por la ley procesal para la práctica del testimonio, pues conforme el artículo 220 del C.G.P., aplicable a los juicios del trabajo por vía del artículo 145 del CPT y de la SS *“Los testigos no podrán escuchar las declaraciones de quienes les precedan”*.

Regla que no se cumplió en el presente caso, dado que de la grabación de la audiencia virtual celebrada el 29 de julio de 2021, claramente se observa que los dos declarantes y el demandante se encontraban juntos en un vehículo automotor al momento de rendir sus declaraciones, incluso pudieron escuchar el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de Comercializadora Arturo Calle, circunstancia que impide otorgarles credibilidad, dado que tal formalidad pretende evitar que el testigo posterior acomode su versión a la declaración de quien le precede, y distorsione los hechos que aun conserva en su memoria, condición que no se garantizó en el presente caso por el apoderado de la parte actora ni por el Juzgado de Conocimiento.



Situación descrita que no constituye nulidad de lo actuado, contrario a lo referido en los alegatos de conclusión, al no ajustarse a las causales del artículo 133 del CGP, ni tampoco a lo previsto en el artículo 29 de la C.P., dado que en virtud del deber de lealtad procesal de las partes, el apoderado de la activa también debió garantizar la comparecencia de los testigos en debida forma.

Finalmente, en lo que concierne a la solicitud probatorio elevada por el apoderado de la parte activa en su recurso de alzada, baste con señalar que carece de visos de prosperidad, como quiera que el medio de convicción reclamado, que según el entender del Tribunal, corresponde al requerimiento de unas planillas que se encuentran en poder de la compañía de seguridad Segurtec Ltda. no fue solicitado dentro de las oportunidades procesales definidas por la Ley para ello (demanda y reforma), no siendo el recurso de apelación, la etapa procesal para solicitar del Colegiado que reclame de un tercero uno documentos que además, no dan cuenta de un hecho sobreviniente.

Dimanando en la falta de concurrencia de los presupuestos preestablecidos para decretar pruebas en la alzada, conforme a las voces del artículo 83 del CPT y SS, que a la letra dispone:

«ARTICULO 83. CASOS EN QUE EL TRIBUNAL PUEDE ORDENAR Y PRACTICAR PRUEBAS. <Artículo modificado por el artículo 41 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Las partes no podrán solicitar del Tribunal la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en primera instancia.

Cuando en la primera instancia y sin culpa de la parte interesada se hubieren dejado de practicar pruebas que fueron decretadas, podrá el tribunal, a petición de parte, ordenar su práctica y la de las demás pruebas que considere necesarias para resolver la apelación o la consulta (...)»

Por lo expuesto, se encuentra acertada la determinación del A quo al señalar que la parte convocante a juicio no logró definir la relación



laboral reclamada desde el libelo introductorio; razón por la cual, al quedar sin fundamento alguno las pretensiones de la demanda por falta de demostración de los hechos, más aún, cuando bien sabido es, que se imposibilita legalmente la imposición de obligaciones laborales en sentencia soportada sobre suposiciones o razonamientos que carezcan de formación probatoria fáctica sobre prestación del servicio humano, impide la fulminación de las condenas deprecadas, no quedando otra solución al presente debate que la desestimación de las súplicas de la demanda; lo cual se hace extensivo a la demandada como vinculada en calidad de responsable solidaria, en tanto que cualquier obligación que podría definirse en su contra, pendía de la relación laboral deprecada de manera principal; por lo que habrá de confirmarse la absolución impartida por el A Quo.

COSTAS.

Se confirma la condena en costas impuesta por el *A-quo*. En esta segunda instancia costas a cargo de la parte demandante.

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 absolutoria proferida por el Juzgado Tercero (3º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 21 de septiembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MIGUEL ÁNGEL TAYO VELANDIA** contra **ÁGORA DISEÑO Y EXHIBICIÓN S.A.S.** y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

COMERCIALIZADORA ARTURO CALLE S.A.S., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A-quo*. En esta segunda instancia costas a cargo de la parte demandante.

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

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante en la suma de \$150.000 a favor de cada demandada.

A handwritten signature in red ink is positioned above the name. The signature is stylized, with a large, looping initial 'E' and a long horizontal stroke extending to the right.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-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-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **LUISA CONSTANZA SALAZAR MORALES** contra la
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

(Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno (2021), 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

Se reconoce personería para actuar en calidad de apoderada sustituta de Colpensiones, a Olga Teresa Rodríguez García, identificada con C.C. No.

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



52.272.884 de Bogotá D.C. y portadora de la T. P. No. 233.440 del C. S. de la Judicatura, conforme a la sustitución allegada vía correo electrónico.

Así las cosas, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora LUISA CONSTANZA SALAZAR MORALES, solicita se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez, aplicando el IBL de los últimos diez años anteriores al reconocimiento de la prestación o el causado durante toda la vida, si esta es más favorable; se condene al pago del retroactivo y mesadas adicionales, desde el momento en que fue reconocida la pensión; a pagar intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; a indexar las sumas reconocidas; se condene a Colpensiones a reconocer los derechos conforme a las facultades ultra y extra petita; a pagar las costas y agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 62 a 64 de las diligencias, que en síntesis advierten, que se afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales en febrero de 1972; que nació el 13 de septiembre de 1952; que al 1 de abril de 1994 contaba con 875,⁸² semanas de cotización; que es beneficiaria del régimen de transición; que el 13 de mayo de 2011 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez; que mediante Resolución No. 02458 de enero de 2012 Colpensiones negó el reconocimiento pensional; que contra el acto administrativo se interpuso los recursos de reposición y subsidio de apelación, los que fueron desatados con Resolución GNR 091085 del 11 de mayo de 2013 que reconoció la pensión



a partir del 4 de junio de 2011; que la prestación no fue liquidada en forma correcta y por ello, se interpusieron nuevamente recursos; que la entidad modifica el quantum de la prestación a favor de la actora; que no fue reconocida la prestación conforme a los aportes realizados por la trabajadora; que no le fueron reconocidos los intereses moratorios sobre el retroactivo.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que había reconocido la pensión a la demandante conforme a las disposiciones legales. Como **excepciones** propuso las de, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos; inexistencia del derecho; cobro de lo no debido; buena fe de la entidad; no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria; carencia de causa para demandar; compensación; innominada o genérica (fl. 79 archivo 001)

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Quinto (5º) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 18 de junio de 2021, resolvió; **declarar** probada la excepción de inexistencia de la obligación; **absolvió** a Colpensiones de las pretensiones incoadas en su contra; **condenó** en costas a la demandante; **ordenó** la consulta de la providencia en caso de no ser apelada.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...En tal sentido considera el despacho con la valoración de las de las pruebas que aquí aparecen, con la valoración de las pruebas que también se solicitaron y que aquí se incorporaron, nótese que la respuesta de la federación Nacional de cafeteros fue haber allegado esta historia laboral tradicional, es decir, los números qué aporta la federación Nacional de



cafeteros, no tampoco, no tampoco difieren de la historia laboral allegada por la por la entidad de seguridad social. En tal sentido y por lo anteriormente expuesto y teniendo en cuenta y se repite siendo un tema prácticamente de cálculo aritmético de liquidación de una cifra que hay dos cálculos que coinciden y el único que no coincide no tiene soporte aritmético, entonces no se puede llegar a otra conclusión que a la de absolver a la demanda de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, señora Luisa su pensión está bien liquidada, se tuvieron en cuenta todos aportes y todos los valores que allí se establece. Excepciones, se declarará probada la excepción de inexistencia de la obligación, costas a cargo de la señora Luisa Constanza Salazar Morales, con dos salarios mínimos legales como agencias en derecho a favor de Colpensiones....”.

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de la **demandante**, interpuso recurso de apelación al estimar que, en la demanda se había solicitado el pago del retroactivo por mesadas adeudadas y reajuste pensional; por otro lado señala que la pensión reconocida fue mal liquidada, ya que el monto señalado por la entidad es inferior al elaborado por el apoderado y por ello, insiste en que debe ser revisada las operaciones aritméticas elaboradas, al ser superior a la fijada y en tal sentido se debe ordenar el pago de los retroactivos e intereses moratorios; estima también que la imposición de costas a cargo de la demandante es elevada, al ser esta una persona pensionada y por ello, tal concepto debía ser reducido.

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:

La demandada, **Colpensiones**, solicita se confirme el fallo de primera instancia, al estimar que, la entidad actuó de buena fe y conforme a ello, reconoció la pensión de vejez con acto administrativo emitido en el año 2013 y posteriormente reliquidó la prestación reconocida, conforme a lo



dispuesto en el Decreto 758 de 1990; que tampoco se puede ordenar el pago de intereses moratorios, dado que, la entidad reconoció y pagó las mesadas causadas a favor de la afiliada.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de la Resolución No. 02458 del 30 de enero de 2012, en el que informan que la demandante presentó solicitud de reconocimiento pensional el 13 de mayo de 2011 (fl. 31 del expediente digital).

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las excepciones del *contestatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primer grado, y la alzada impetrada por el apoderado de 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 la accionante cumple con las previsiones normativas para la reliquidación de la mesada pensional por vejez que, y, derivado de lo precedente, establecer la viabilidad en modificar el monto de la mesada pensional concedida a SALAZAR MORALES.



STATUS DE PENSIONADA

No es tema de controversia la calidad de pensionado de la señora LUISA CONSTANZA SALAZAR MORALES, pues es patente que mediante la Resolución GNR 091085 del 11 de mayo de 2013, reconoció la pensión de vejez a partir del 4 de junio de 2011, y contra la cual se interpusieron los recursos de Ley y consecuencia de ello, se ordenó modificar el acto administrativo primigenio, con Resolución GNR 319783 del 26 de noviembre de 2013, para reconocer la pensión a partir del 1 de junio de 2011, en aplicación del Decreto 758 de 1990, al ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

Al no existir discrepancia respecto de la calidad de beneficiaria del régimen de transición de la demandante, resta por establecer si le asiste derecho al actor a la reliquidación de su pensión, acorde a lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, aplicando una tasa de reemplazo del 90% y teniendo en cuenta los salarios devengados durante los últimos 10 años o lo cotizado durante toda la vida laboral si esta es más favorable a la ex trabajadora, debidamente indexados, como lo plantea en el *libelo* introductor.

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



incrementado en un 3% por cada 50 semanas cotizadas con posterioridad a las primeras 500 semanas.

Bajo esta óptica, se advierte que en el resumen de semanas cotizadas por el demandante aparecen reflejadas una densidad de 1.755,⁰⁰ semanas (fl. 156), lo que implica que la tasa de reemplazo a aplicar es del 90%, como acertadamente lo dispuso la entidad convocada a juicio en la Resolución 91085 del 11 de mayo de 2013, modificada por la Resolución GNR 319783 de 26 de noviembre de 2013.

Una vez dilucidada la tasa de reemplazo, es del resorte de la Corporación establecer si el IBL fue debidamente calculado. Sobre el particular, encontramos que a las personas beneficiarias del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, les asiste el derecho a que su pensión les sea liquidada, en caso tal de que les faltaren menos de 10 años para pensionarse, a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, con el promedio del tiempo que les hiciere falta para ello, o lo devengado durante todo el tiempo laborado.

Con todo, en caso de que les faltare más de 10 años para pensionarse, por disposición del artículo 21 de la ley 100 de 1993, el IBL deberá ser calculado con el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión o durante toda la vida laboral, en este último evento, siempre que cuenten con más de 1250 semanas cotizadas. Criterio que ha sido asentado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, recientemente reiterado en la sentencia SL4783 de 2018, cuando indicó:

«Esta Corporación, en múltiples decisiones, ha insistido que el ingreso base de liquidación de aquellas personas beneficiarias del régimen de transición que les faltaban más de 10 años para adquirir el derecho pensional a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, se debe calcular conforme a los postulados del artículo 21, ellas en



sentencia SL13652-2015, que reiteró lo dicho en la CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 43336, enseñó:

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

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

(ii) La de quienes les faltaban más de 10 años para adquirir el derecho, caso en el cual el ingreso base de liquidación será el previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si resulta superior al anterior, siempre y cuando el afiliado haya cotizado 1250 semanas como mínimo»

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

Con base a lo anterior, debe precisarse que mediante Resolución 091085 de 11 de mayo de 2013, Colpensiones procedió a reconocer y pagar la pensión de vejez del demandante en cuantía inicial de \$3.003.998, al tomar como IBL la suma de \$3.337.776 y aplicar la tasa de remplazo del 90%, reconocimiento que fue objeto de modificación por la administradora de pensiones mediante Acto Administrativo GNR 319783 de 26 de noviembre de 2013, oportunidad en la que tomó como IBL el valor de \$3.346.064 y le aplicó la citada tasa de remplazo arrojando así un valor de la mesada pensional a 1° de junio de 2011 de \$3.011.458 pesos.



Con fundamento en lo precedente, esta Corporación procedió a realizar los cálculos aritméticos de rigor, teniendo en cuenta los IBC reflejados en la historia laboral y reporte de semanas cotizadas obrantes en el expediente administrativo (fl. 180 y archivo HLT LUISA SALAZAR 2016_699), logrando constatar que el IBL de los 10 últimos años asciende a la suma de \$3.344.584,⁷⁴ de suerte que al aplicar la tasa de reemplazo del 90%, se obtiene como primera mesada pensional la suma de \$3.010.126,²⁷ suma esta que incluso resulta ser inferior a la reconocida por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones en el Acto Administrativo GNR 319783 del 26 de noviembre de 2013.

Al unísono, deberá indicarse que al efectuarse los respectivos cálculos matemáticos, teniendo en cuenta los aportes realizados durante toda la vida laboral por la reclamante, este valor resulta aún inferior al establecido en forma precedente, al tenerse como IBL, la suma de \$2.743.898,32 y al aplicarse la tasa de reemplazo del 90%, esta arroja como primera mesada para el año 2011 un quantum equivalente a \$2.469.508,⁴⁹.

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

COSTAS:

La promotora litigiosa, en la alzada también manifiesta inconformidad en lo referente a las costas impuestas por el *A quo*. Juzga conveniente



recordar esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y en caso de que la demanda prospere parcialmente el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada, el Juez de primer grado dispuso en la resolutive condenar a la demandante, bajo lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que ordena que la parte vencida debe ser condenada en costas; de tal forma que ejerciendo las facultades otorgadas decidió de manera justificada emitir condena.

Motivo por el cual, se confirma la decisión en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la demandante, Luisa Constanza Salazar Morales y a favor de Colpensiones, dadas las resultas del recurso de alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto (5º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada



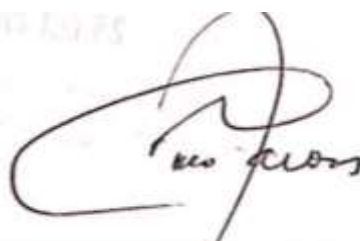
el 18 de junio de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **LUISA CONSTANZA SALAZAR MORALES** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

SEGUNDO: COSTAS Se confirma la condena en costas impartida en primera instancia. En esta instancia se imponen costas a cargo de la parte demandante dada la improsperidad del recurso de alzada.

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



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Luisa Constanza Salazar Morales y a favor de y Colpensiones, en la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$200.000).

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is positioned above the name. The signature is fluid and stylized, with a large loop at the beginning.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-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-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **GLORIA STELLA CALDERÓN RAMÍREZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.
(Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno (2021), 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

Se reconoce personería para actuar en calidad de apoderada sustituta de Colpensiones, a Gina Paola Bustos Piragua, identificada con C.C. No.

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



1.110.519.761 de Ibagué y portadora de la T. P. No. 283.476 del C. S. de la Judicatura, conforme a la sustitución allegada vía correo electrónico.

Así las cosas, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora GLORIA STELLA CALDERÓN RAMÍREZ, solicita se pague a su favor la pensión de sobrevivientes desde la fecha de deceso del causante; se paguen las mesadas debidamente indexadas; intereses moratorios; se condene al pago de costas procesales.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 4 a 6 de las diligencias, que en síntesis advierten, que convivió con su pareja por un interregno de 10 años antes del fallecimiento del afiliado; que procrearon 3 hijos menores de edad para la época del deceso; que le fue reconocida la pensión a partir de 2008 pero no le fue pagado el retroactivo causado; que contrajo nupcias con su cónyuge el 11 de septiembre de 1982; que Germán Ricardo Vargas Cadena falleció el 29 de mayo de 1992; que la prestación le fue reconocida a partir del año 2018; que no le fue reconocido el retroactivo pensional causado desde junio de 1992; que, dependía económicamente de su cónyuge, no tenían ahorros ni bienes y tuvo que sostener a sus hijos menores de edad; que el Seguro Social no le informó del derecho pensional a la actora; que en el recurso de reposición y subsidiario el de apelación incoado contra el acto administrativo que reconoció la pensión, se solicitó pruebas sin embargo, la entidad guardó silencio.



CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que, la solicitud de reconocimiento pensional fue presentada en el año 2008, operando el fenómeno de la prescripción. Como medios exceptivos propuso los de, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, innominada y buena fe (fl. 40).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 25 de agosto de 2021, resolvió; **absolver** a Colpensiones de la totalidad de las pretensiones incoadas; **condenó** en costas a la demandante.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Luego se infiere que la obligación derivada de la pensión de sobrevivientes se hizo exigible el día 30 de mayo del año 1992. Ahora en igual forma se probó con la resolución primera citada, que la señora Gloria Stella Calderón Ramírez solicitó la pensión de sobrevivientes el día 21 de junio del año 2018, de manera que el reconocimiento de la pensión por la aplicación de la prescripción trienal, se produjo a partir del día 21 de junio del año 2015, como se hizo constar en el acto administrativo en mención.

En tal virtud y como quiera que en el juicio no se probó una fecha de reclamación de la pensión de sobrevivientes, diferente a que modifiqué la fecha de reconocimiento y como quiera que la obligación se hizo exigible el día 30 de mayo de 1992 sin que obre en el plenario causal de suspensión de la prescripción en los términos del artículo 2530 del Código Civil, que permitan el reconocimiento del retroactivo de la pensión desde la exigibilidad de la obligación en mayo 29 de 1992, se infiere que en la súplica de la demanda no está llamada a prosperar, en el entendido de que si bien el derecho en sí mismo no prescribe, las mesadas pensionales si prescriben como lo determino Colpensiones al definir la prescripción de las mesadas pensionales a partir del día 2 de junio del año 2015, en aplicación del artículo 151 del Código Procesal Laboral en concordancia con los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo....”.



RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de la parte **demandante**, solicita se revoque la sentencia, hincando su inconformidad frente a la sentencia, al considerar que, fueron presentadas reclamaciones administrativas ante Colpensiones, con el fin de obtener el reconocimiento pensional desde la fecha de su causación y la entidad no le resolvió el pedimento, por lo que, el derecho subsiste en el tiempo.

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:

El apoderado de la **demandante**, precisa que tuvo que enfrentar situaciones personales y familiares la demandante junto con sus hijos y por ello, debe subsistir en el tiempo el derecho y considera irrelevante el tiempo transcurrido.

La demandada, **Colpensiones**, solicita se absuelva a la entidad de los cargos formulados, al estimar que, la entidad le reconoció a la actora la pensión de sobrevivientes conforme a las disposiciones legales y aplicando para ello la prescripción, dada la fecha en que se presentó la reclamación por parte de la beneficiaria; que tampoco procede la imposición de condena por intereses moratorios, dado que la entidad reconoció la prestación y no ha dejado de pagarla.

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



CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de la Resolución DIR 19110 del 26 de octubre de 2018, al anunciar la petición del 21 de junio de 2018, folio 14.

STATUS DE PENSIONADO

No se presenta discusión en lo que concierne a la calidad de pensionado de la señora GLORIA STELLA CALDERÓN RAMÍREZ, presupuesto que igualmente deviene de un análisis de las pruebas allegadas al plenario, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 C.P.L., en especial, copia de las Resoluciones DIR 19110 del 26 de octubre de 2018 y SUB 269748 del 16 de octubre de 2018 (fls. 10 a 18), copia de una fotografía (fl. 19 a 20); carta elaborada a mano (fl. 21); registro civil de matrimonio (fl. 22); registro civil de nacimiento de la demandante (fl. 23); registro civil de defunción (fl. 24); registro civil de nacimiento de Carol Andrea Vargas Calderón, Fabián Ricardo Vargas Calderón y Germán Andrés Vargas Calderón (fl. 25 a 27); reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones (fl. 28); declaraciones extrajuicio (fl.s 30 a 35); expediente administrativo (fl. 51 medio magnetofónico); probanzas de las cuales se colige, tal como con acierto lo determinó el *A quo*, que a GLORIA STELLA CALDERÓN RAMÍREZ le fue reconocida pensión de sobrevivientes mediante Resolución No. SUB 214409 del 13 de agosto de 2018, a partir del 21° de junio de 2015 en cuantía inicial de \$644.350²; supuestos fácticos respecto

² Folios 14.



de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia.

RETROACTIVO PENSIONAL – PRESCRIPCIÓN

En lo concerniente a la fecha a partir de la cual GLORIA STELLA CALDERÓN RAMÍREZ tiene derecho a disfrutar de la pensión reconocida, evidencia esta Colegiatura que la convocante presenta discusión referente a la data aludida por el *A quo* y que atañe, precisamente, a la fijada por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones en la Resolución DIR 19110 del 26 de octubre de 2018, al reseñar que se debía hacer contabilización del término de prescripción, desde el 21 de junio de 2018, hacía atrás, de acuerdo a la fecha en que se había radicado la solicitud pensional.

Luego entonces, el dislate persiste en lo que concierne a la afectación de las mesadas debidas por el fenómeno del trienio prescriptivo, en tanto alude la parte accionante que debe atenderse como única reclamación la elevada en 16 de noviembre de 2007.

Así, descendiendo a tal reparo, este Juez Colegiado de entrada ha de indicar que en materia laboral existen normas que rigen en forma especial no sólo la parte sustantiva, sino en la parte adjetiva, es así como encontramos que el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo respecto al asunto de la prescripción consagra que «Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto» (Subraya y resalta la Sala).



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

Bajo este horizonte y descendiendo al caso bajo estudio, del material probatorio y legalmente recaudado, se evidencia que el afiliado Germán Ricardo Vargas Cadena, falleció el 29 de mayo de 1992, de acuerdo al Registro Civil de Defunción acopiado a folio 24 del cartulario.

De acuerdo al caudal probatorio recaudado, se tiene que, a partir del día 30 de mayo de 1992, la actora, junto con sus hijos, que para dicha anualidad eran menores de edad, conforme a los registros civiles de nacimiento de Carol Andrea, Fabián Ricardo y Germán Andrés Vargas Calderón, al haber nacido en los años 1983, 1984 y 1988 respectivamente, podían presentarse a reclamar la pensión de sobrevivientes, por su cónyuge y padre de los menores.

Pese a lo anterior, una vez revisados los actos administrativos emitidos por Colpensiones, las pruebas documentales aportadas por la demandante y el expediente administrativo del *de cujus*, no se puede establecer con certeza que con posterioridad al 30 de mayo de 1992 y con anterioridad a junio de 2018, se hubiese presentado reclamación alguna, tendiente a obtener el reconocimiento de la enunciada prestación.

Tal situación se corrobora con los argumentos esgrimidos por Colpensiones en la Resolución No. DIR 19110 del 26 de octubre de 2018, en el que, en forma clara hacen alusión a la petición incoada el 21 de junio de 2018 y en



la cual se puede colegir que, la entidad reconoció un retroactivo pensional a partir del 2015, en el día y mes anteriormente citado.

No pasa inadvertido esta Sala de Decisión que el apoderado de la parte actora en el recurso de alzada exteriorizó que, su prohijada había presentado sendas reclamaciones a Colpensiones, con el fin de que le fuese reconocida la pensión, pero, tal pedimento no fue resuelto en forma idónea, no obstante, del caudal probatorio, al cual se hizo alusión en forma precedente, no se vislumbra prueba alguna, en el que se pueda establecer como cierto tal hecho.

Luego entonces, al no haberse incorporado al expediente prueba alguna, que dé certeza a esta Colegiatura de la radicación de una solicitud tendiente al reconocimiento pensional, con anterioridad a junio de 2015, no es viable ordenar el reconocimiento y pago del retroactivo pensional reclamado.

Para los efectos indicados, debe tenerse en cuenta, que a partir del fallecimiento del señor Germán Ricardo Vargas Cadena, la demandante y sus hijos, se itera, tenían la posibilidad y el derecho de reclamar la pensión, sin embargo, ello, tan solo ocurrió en junio de 2015, para la cónyuge del trabajador, dado que los hijos ya eran mayores de edad.

Así las cosas, conforme a lo dispuesto en la Resolución SUB 269748 del 16 de octubre de 2018³, acto administrativo que resolvió el recurso de apelación impetrado por la cónyuge supérstite, al haberse presentado la reclamación el 21 de junio de 2018, debía la entidad, reconocer la prestación a partir del 21 de junio de 2015, al corresponder dicho interregno a los tres (3) años, anteriores a la fecha en qué se efectuó la reclamación administrativa.

³ Folio 16



Las razones esgrimidas son suficientes, para que fluya innegable que el derecho aquí reclamado se encuentra afectado por el fenómeno prescriptivo respecto a las mesadas causadas con anterioridad al 21 de junio de 2015, en consideración a que trascurrieron más de 3 años desde la calenda de notificación del acto administrativo que negó el retroactivo.

Ahora, en lo referente a los motivos de alzada, suma señalar que aun cuando se encuentra acierto en la precisión de la imprescriptibilidad del derecho, lo cierto es que en el *examine* no nos encontramos en presencia de un reclamo prestacional para la cobertura integral de algún riesgo, bien vejez, invalidez o muerte, por el contrario se debate el pago de mesadas causadas y no pagadas por la pasiva que, dada su naturaleza, si pueden verse afectadas por aquella institución prevista en el artículo 151 del CPT, tal como acaeció.

Aspecto igualmente reiterado por la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, entre muchas, en la sentencia SL 1923-2018 con ponencia del H. Magistrado Jorge Mauricio Burgos Ruiz, al indicar:

«Respecto a la excepción de prescripción formulada por la parte demandada, debe indicar la Sala que, de vieja data, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el derecho pensional no prescribe, pero sí las mesadas pensionales»

Dimanando de lo precedente en la confirmación de la sentencia objeto de apelación.

COSTAS. En esta segunda instancia las costas estarán a cargo de la parte demandante, dadas las resultas del recurso de alzada.



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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública celebrada el día 25 de agosto de 2021 dentro del proceso ordinario laboral seguido por **GLORIA STELLA CALDERÓN RAMÍREZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

SEGUNDO: COSTAS: En esta segunda instancia estarán a cargo de la parte demandante dado el resultado de la alzada.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de GLORIA STELLA CALDERÓN RAMÍREZ y a favor de COLPENSIONES en la suma de CIEN MIL PESOS M/CTE (\$100.000).

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', with a large, stylized loop at the beginning.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-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-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ELSA MARY CABRERA MONTES** contra **HIPERMERCADOS SURKAFALANDIA** y contra el señor **SATURNINO LAGOS SÁNCHEZ como persona natural** (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 veintiuno (2021), 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.

Así las cosas, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

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

1. 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»



SENTENCIA

DEMANDA: La señora ELSA MARY CABRERA MONTES, solicita se declare que entre el señor Saturnino en calidad de persona natural y como propietario de la sociedad Hipermercados Surkafalandia EU existió un contrato de trabajo desde el 15 de marzo de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2016; que los salarios devengados durante el vínculo contractual es, para el año 2013 de \$1.300.000, 2014 de \$1.700.000, para 2015 devengaba \$1.800.000 y para el 2015 es \$1.800.000; que los demandados no cancelaron en su totalidad las cesantías, intereses a las cesantías, primas de junio y diciembre, vacaciones e indemnizaciones, tampoco hicieron aportes al sistema de seguridad social.

Como consecuencia de lo anterior solicita se condene a los demandados a reliquidar las cesantías, intereses a las cesantías, primas legales de junio y diciembre y vacaciones conforme a los salarios realmente devengados durante el vínculo contractual; a pagar sanción moratoria, contemplada en el artículo 65 del CST; se ordene a los demandados a pagar intereses moratorios conforme al artículo 65 del CST; a pagar la sanción contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; a reliquidar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones; se condene al pago de los derechos conforme a las facultades extra y ultra petita; se condene al pago de costas procesales y agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 3 a 5 de las diligencias, que en síntesis advierten, que suscribió sendos contratos de trabajo a término fijo menor a un año con Saturnino Lagos como persona natural y como dueño de la sociedad Hipermercados Surkafalandia E.U., entre el 15 de marzo de 2013 y el 31 de diciembre de 2016; que cumplía una jornada laboral; que le era pagado un sueldo básico, junto con una bonificación; que la labor fue ejecutada en forma personal y subordinada;



que anualmente le era pagada su liquidación de prestaciones sociales pero sin tener en cuenta la bonificación pagada mensualmente; que los aportes al sistema de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales fueron realizados con un salario inferior al realmente devengado; que las cesantías fueron pagadas con salario inferior al devengado; que convocó al empleador ante el Ministerio de Trabajo, sin embargo, esta fue declarada fallida; que no le han pagado las sumas adeudadas.

CONTESTACIÓN: SATURNINO LAGOS SÁNCHEZ, en calidad de persona natural y como propietario de SUPERKAFALANDIA S.A.S., se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que entre las partes si existió un contrato de trabajo pero no por los extremos procesales señalados en la demanda y que las prestaciones reclamadas se encuentran prescritas. Como medios **exceptivos** propuso los de cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, ausencia de título y de causa en las pretensiones de la actora; ausencia de obligación en la demandada; prescripción, buena fe, temeridad y mala fe por parte de la demandante (Archivo 14 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 5 de octubre de 2021, resolvió; **declarar** la existencia del contrato de trabajo entre Elsa Cabrera Montes y Saturnino Lagos como persona natural y propietario de la sociedad Hipermercados Surkafalandia EU entre el 1 de marzo de 2013 y el 31 de diciembre de 2016, con un salario de \$1.607.000 para el último año de servicio; **condenó** a los demandados a pagar la diferencia causada en prestaciones sociales para los años 2014 a 2016, indemnización moratoria a partir del 1 de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2019 e



intereses a partir del 1 de enero de 2021; **condenó** a los demandados a pagar aportes al sistema de seguridad social integral; **absolvió** de las demás pretensiones; **declaró probada** parcialmente la excepción de prescripción de derechos surgidos con anterioridad al 4 de diciembre de 2014; **condenó** en costas al demandado

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...en este caso lo que puede observar el despacho es que el señor demandado efectivamente si realizaba pagos salariales encubriéndolos como no salariales y no dejando registro de dichos pagos a favor de su trabajadora por lo cual el despacho no puede concluir sino la mala fe por parte de este, que realizaba pagos salariales encubriéndolos y no dejando registro alguno de dichos pagos esto con el fin claro de soslayar la obligación de realizar los pagos de las prestaciones sociales de la demandante y aportes a seguridad social por el salario real devengado no puede el despacho sino concluir que efectivamente debe prosperar la indemnización moratoria en virtud de la mala fe del empleador, en ese orden de ideas y teniendo en cuenta que la relación laboral culminó el 31 de diciembre de 2016 y el último salario que realmente devengó la demandante según lo que concluyó esta primera instancia fue por la suma de \$1.607.000 pesos y que la indemnización moratoria indica que la misma es un día de salario por cada día de mora a partir del día siguiente de la terminación de la relación laboral y hasta por 24 meses, esa indemnización arroja la suma de \$35.668.000 pesos y a partir del mes 25, es decir, a partir del 1 de enero del 2020 el demandado deberá pagar a la demandante los intereses moratorios a la tasa máxima que certifique la Superfinanciera respecto a las condenas impuestas en esta sentencia.”

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte **demandada**, interpone recurso de apelación contra la sentencia emitida por el juzgado de conocimiento al estimar que, no se debió imponer condena por concepto de sanción moratoria e intereses, al estimar que la conducta desplegada por el empleador fue desprovista de mala fe, al afiliar a la demandante al sistema de seguridad social, pagar anualmente la liquidación de prestaciones sociales y la indemnización al finiquito contractual, dotaciones y haber asistido a la diligencia



programada ante el Ministerio de Trabajo desvirtuándose de esta manera la mala fe declarada por el A quo.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio* y los argumentos esbozados por el sentenciador de primera instancia, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales conforme el artículo 66A del CPL, procede a determinar si el demandado actúo de buena fe con el fin de exonerársele de la sanción moratoria impuesta por el juzgado de conocimiento o, por el contrario, se debe mantener la condena impartida.

RELACIÓN LABORAL, EXTREMOS Y SALARIO

No es materia de controversia entre las partes, la existencia del contrato de trabajo a término fijo que ató a Elsa Cabrera Montes y al señor Saturnino Lagos Sánchez, en calidad de persona natural y como propietario del establecimiento de comercio Hipermercados Surkafalandia, desde el 1° de marzo de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2016, tampoco en lo tocante al último salario devengado por la ex trabajadora, correspondiente a \$1.607.000.

SANCIÓN MORATORIA

La acreencia laboral que debate la pasiva se encuentra estatuida en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, la cual ha sido estudiada *in*



extenso por la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, precisando que ésta sanción no es de aplicación automática y, por ende, deben tenerse en cuenta los elementos subjetivos de la mala fe o buena fe, para la aplicación de la norma.

Determinación jurisprudencial vista, entre otras, en la sentencia rad. 38954 del 24 de julio de 2012 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, el advertir que *«El reseñado artículo impone unas consecuencias para el empleador incumplido, solo que, como en múltiples oportunidades lo ha decantado esta Sala, al tratarse de una preceptiva sancionadora, su imposición debe estar precedida de un razonamiento y de una evidencia de que la actuación no se enmarcó en los criterios de buena fe»*, criterio reiterado en sentencia de casación del 30 de abril de 2013 radicación 42466, con ponencia del Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve, que en ejercicio de las funciones pedagógicas encargadas, indicó *«La <buena fe> equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud»*.

Bajo esa óptica, al proceder la Sala a constatar si la demandada logró acreditar un actuar de buena fe para de este modo exonerarse de la sanción aquí estudiada, no se pasa inadvertido que el demandado afilió a la actora al sistema de seguridad social, en salud, pensión, riesgos laborales y caja de compensación, así mismo, se tiene claro que éste le pagaba en forma cumplida los salarios a la actora, y al finalizar el año de servicios le pagaba la liquidación del contrato de trabajo respectivo.

Pese a ello, tampoco se puede obviar que, el señor Saturnino Lagos Sánchez, a la hora de rendir su interrogatorio de parte, señaló en forma categórica que, le brindaba ayuda a la demandante en forma mensual por valor de \$50.000, \$20.000 y \$30.000, que le eran entregados



directamente a la trabajadora, para la compra de mercado para su hogar, sin embargo en el folio 1 del escrito de contestación obrante en el expediente digital (Archivo 14), se indicó que, *“lo que sucede señor Juez es que por mera liberalidad y de manera voluntaria el empleador le daba una suma de dinero que se manejaba así: 589.500 (SMLV) más 70.500 (Aux. Transp) y la suma de 232.500, ayuda que se le daba por mera liberalidad y voluntariamente, para gastos alimenticios, lo cual no es salarial”*, presentándose como lo señaló el A quo, una seria divergencia entre lo dicho en la contestación de la demanda como lo exteriorizado en el interrogatorio de parte.

Es así como ante la duda, frente al monto de dinero reconocido por el demandado a favor de la actora, el juzgado de conocimiento aplicó la favorabilidad a la trabajadora y reconoció el señalado en la contestación de la demanda, como factor salarial y consecuencia de ello, ordenó la reliquidación de las prestaciones sociales.

Luego entonces, al no atacarse el monto reconocido por concepto de factor salarial a favor de la demandante, salta palmariamente la responsabilidad del demandado a reconocer y pagar el salario y prestaciones sociales teniendo en cuenta dicho concepto como parte integral del salario de la trabajadora y al no incluirse durante el interregno de tiempo que perduró el vínculo contractual, dicho pago, se verifica una omisión en sus obligaciones en calidad de empleador.

Por consiguiente, a pesar de haberse efectuado el pago de los emolumentos citados en precedencia, estos fueron realizados en forma parcial y en modo alguno son suficientes para dar por sentada la buena fe de la pasiva, quien, a juicio de la Sala, lo que hizo fue disfrazar las retribuciones reconocidas a la demandante como no integrantes del salario, soslayando las acreencias laborales de la activa, luego entonces, resulta patente la confirmación de la condena por este concepto.



Por otro lado, el hecho de que el demandado se hubiese presentado al Ministerio de Trabajo, después de haber sido citado, por la demandante, no es un hecho demostrativo de buena fe.

Bajo esa óptica, al proceder la Sala a constatar si la demandada logró acreditar un actuar de buena fe para de este modo exonerarse de la sanción aquí estudiada, no encontró el lleno de tal supuesto, pues contrario a lo indicado en el recurso de alzada, el solo hecho de pagar las acreencias laborales con salario inferior al devengado durante el vínculo contractual es suficiente para dar por sentada la buena fe de la pasiva, quien a juicio de la Sala, lo que hizo fue disfrazar unos pagos, eludiendo el pago completo de las acreencias laborales de la activa, resultando patente la condena por este concepto.

Trazados estos lineamientos y teniendo en cuenta lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-781 de 2003, en la medida en que la presente demanda fue radicada pasados los 24 meses siguientes a la terminación del contrato, pertinente resultaba impartir condena a la demandada por el pago de la sanción moratoria, en cuantía igual a un día de salario, correspondiente a \$53.566,⁶⁶ de acuerdo al salario declarado por la juez de conocimiento y que no fue objeto de reproche, el cual deberá ser reconocido por cada día de retardo en la cancelación de los salarios y prestaciones sociales adeudados al demandante, es decir, a partir del 1° de enero de 2017 y hasta el 31 de diciembre de 2018 y no como se puntualizó el juez de conocimiento, tanto en la parte considerativa como resolutive de la sentencia objeto de reproche, al indicar que el extremo final de esta sanción era el 31 de diciembre de 2019, ya que dicha data correspondería al tercer año de fenecimiento del vínculo contractual.



Realizadas las operaciones aritméticas de rigor se tiene que la sanción moratoria equivaldría a la suma de **\$38.568.000**, y no en el *quantum* fijado en primera instancia, sin embargo, al ser el demandado apelante único, en aplicación al principio de *no reformatio in pejus*, no se modificará el monto liquidado.

Dadas las anteriores consideraciones se aclarará el numeral segundo, en lo tocante a la sanción moratoria, para indicar que esta operará únicamente entre el 1 de enero de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2018 y a partir del 1 de enero de 2019 se cancelarán intereses moratorios sobre el valor de las prestaciones adeudadas y se confirmará el monto fijado por esta condena.

COSTAS. Dadas las resultas del recurso de alzada, se impondrá condena en costas a cargo de Saturnino Lagos Sánchez como persona natural e Hipermercados Surkafalandia a favor de Elsa Cabrera Montes.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ACLARAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 5 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ELSA MARY CABRERA MONTES** contra **HIPERMERCADOS SURKAFALANDIA** y contra el señor **SATURNINO LAGOS SÁNCHEZ como persona natural**, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada a pagar la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. a partir del 1 de enero de 2017 y hasta



el 31 de diciembre de 2018; a partir del 1 de enero de 2019, se deberán pagar intereses moratorios a la tasa máxima que certifique la Superintendencia sobre el valor de las prestaciones adeudadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

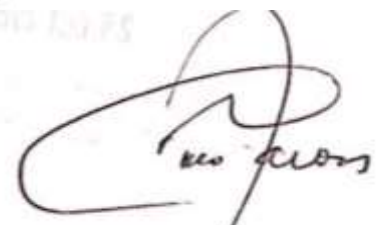
SEGUNDO. CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la demandada, **HIPERMERCADOS SURKAFALANDIA** y contra el señor **SATURNINO LAGOS SÁNCHEZ** como persona natural, dadas las resultas del recurso de alzada.

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



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERA



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Saturnino Lagos Sanchez e Hipermercados Surkafalandia y a favor de Elsa Mary Cabrera Montes en la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$600.000).

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is positioned above the name. The signature is fluid and stylized, with a large loop at the beginning.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-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-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **JOSÉ WILSON CRISTANCHO RISCANEVO** contra la
**GPP SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN SALUD Y CORPORACIÓN
NUESTRA IPS** (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 veintiuno (2021), 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.

Así las cosas, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

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

1. 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»



SENTENCIA

DEMANDA: El señor JOSÉ WILSON CRISTANCHO RISCANEVO, solicita se declare la existencia de una relación laboral con la CORPORACIÓN NUESTRA IPS desde el 1 de abril de 2010 a la fecha de presentación de la demanda; que existió intermediación entre la Institución Auxiliar de Cooperativismo GPP Servicios Complementarios hoy en liquidación y la Corporación Nuestra IPS; que las empresas demandadas son responsables solidarias del pago de acreencias a favor del demandante; que las convocadas a juicio actuaron de mala fe al no consignar las cesantías del año 2015 a 2017.

Como consecuencia de lo anterior se condene a Corporación Nuestra IPS y solidariamente a la Institución Auxiliar del Cooperativismo GPP Servicios Complementarios a pagar las cesantías causadas de 2015 a 2017; sanción por no consignación de las cesantías; pago de turnos dominicales realizados por la demandante; derechos conforme a las facultades ultra y extra petita; a indexar las sumas reconocidas; a pagar las costas causadas en el proceso.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 2 a 8 de las diligencias, que en síntesis advierten que, suscribió contrato a término indefinido con Cruz Blanca EPS el 6 de septiembre de 1999; que se desempeñó como médico general; que en marzo de 2005 se suscribió contrato de cesión entre Cruz Blanca y la Institución Auxiliar de Cooperativismo – GPP Servicios Complementarios en liquidación; que en septiembre de 2011 adquirió un crédito de vivienda; que autorizó se descontara el valor de las cesantías como abono a la obligación contraída; que la Institución del Cooperativismo cambió su razón social en abril de 2009; que en el año 2017 la empresa fue



declarada disuelta y en estado de liquidación; en marzo de 2017 solicitó el pago de acreencias laborales; que la sede donde prestaba los servicios el demandante fue cerrada y no fue reubicado a otra sede médica; que al no recibir respuesta al derecho de petición interpuso acción de tutela; que el trámite fue adelantado por el Juzgado 41 Penal Municipal de Bogotá con función de control de garantías; que el 4 de mayo de 2017 presentó derecho de petición ante el Ministerio de Protección Social; que el 2 de octubre de 2017 presentó derecho de petición ante la Institución Auxiliar de Cooperativismo GPP Servicios Complementarios; que los permisos solicitados eran prestados ante la Corporación Nuestra IPS; que no le fueron realizados exámenes ocupacionales, tampoco le fueron otorgadas vacaciones; que no le fue realizada auditoria a las historias clínicas; que ejerció subordinación sobre su laboral la Corporación Nuestra IPS y no la Institución Auxiliar; que la Corporación era quien suministraba elementos de trabajo y dotación no la Institución Auxiliar; que de noviembre de 2016 a enero de 2017 se hicieron descuentos a favor del Fondo Destinar y al Fondo Destinar, pero ellos no fueron consignados a dicha entidad; que no le fueron realizados los aportes al sistema de seguridad social en pensiones desde febrero a agosto de 2017; que el Ministerio de Trabajo sancionó pecuniariamente a las convocadas a juicio; que a partir del 1 de abril de 2010 el actor estuvo subordinado a la Corporación Nuestra IPS, y por ello debía solicitar permiso y valorar a los pacientes en forma conjunta de acuerdo a lo dispuesto por dicha entidad; que laboró turnos dominicales.

CONTESTACIÓN: La **CORPORACIÓN NUESTRA IPS** se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que entre la entidad y el demandante no existió relación laboral alguna. Como medios **exceptivos** formuló las de falta de legitimación por pasiva, inexistencia



de intermediación laboral, inexistencia de solidaridad y la genérica (fl. 260).

La **INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN LIQUIDACIÓN**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que, Cruz Blanca celebró contrato de cesión con la entidad, pero estableciendo que las obligaciones laborales estarían a cargo de cada entidad. Como medios **exceptivos** propuso las de cobro de lo no debido, pago total de la obligación, inaplicación de la sanción por indemnización moratoria en el pago de cesantías en función de la ausencia de dolo y mala fe, buena fe del empleador, mala fe del demandante y la genérica (fl. 292).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 9 de septiembre de 2021, resolvió; **declarar** la existencia del contrato de trabajo desde el 6 de septiembre de 1999 entre el demandante y la empresa IAC GPP Servicios Complementarios en Liquidación; **condenó** a IAC GPP a pagar diferencias en los pagos de auxilio de cesantías y sanción por no consignación de cesantías; **absolvió** a la empresa enunciada de las demás pretensiones; **absolvió** a Corporación Nuestra IPS de las pretensiones incoadas; **declaró** probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de intermediación laboral e inexistencia de solidaridad invocadas por Corporación Nuestra IPS; **declaró** no probadas las excepciones propuestas por IAC GPP Servicios; **condenó** en costas a IAC GPP a favor del demandante.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;



“...Contrario sensu se constató que el verdadero empleador del accionante fue IAC GPP servicios complementarios, pues así fue aceptado por la pasiva y así se corrobora con la certificación laboral obrante a folio 28, máxime si se valora que ni en el contrato de trabajo ni en la sucesión se mencionó que la labor contratada fuera realizada en virtud de una intermediación a favor de la Corporación Nuestra IPS u otra, pues nótese que todas estas documentales es claro que el empleador que contrató al demandante inicialmente fue Cruz Blanca EPS, posteriormente IAC GPP Cruz Blanca Bogotá hoy IAC GPP servicios complementarios, y que los servicios se contrataron para ser prestados de forma exclusiva a esta entidad en suma al no existir motivo de duda que entre IAC GPP servicios complementarios en condición de empleador y el señor José Wilson Cristancho en condición de trabajador se celebró un contrato de trabajo desde el 6 de septiembre del 99 para desempeñar el cargo de médico de apoyo , el cual a la fecha continúa vigente, así será declarado.

Así las cosas en efecto se verifica con la prueba documental referida con antelación que el empleador demandado incumplió con su obligación legal de consignar al demandante antes del 15 de febrero de los años 2016, 2017, 2018 las cesantías causadas en los años inmediatamente anteriores, esto es de 2015, 2016 y 2017 tal y como lo ordena la citada norma, lo que permite inferir que con el comportamiento del empleador estuvo orientado a desconocer y sustraerse de la obligación del pago de las cesantías que por ley le correspondían, no siendo justificación el hecho de que hayan sido pagadas con posterioridad, especialmente si se valora que los rubros cancelados en los años 2016 y 2017, resultaron notoriamente inferiores a los causados, situación que no logra desvirtuar la presunción de mala fe que opera en contra del empleador. Por lo anterior se condenará a la demandada a pagar por este concepto la suma de \$104.688.267...”

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de **IAC GPP SERVICIOS COMPLEMENTARIOS**, interpone recurso de apelación contra la sentencia al considerar que, el vínculo contractual feneció en el año 2018 y en tal sentido no puede tenerse como vigente el mismo; que de acuerdo al interrogatorio de parte el mismo demandante informó que había prestado sus servicios hasta marzo de 2017; que no se puede imponerse sanción alguna hasta la fecha, al no encontrarse vigente el contrato; que la entidad obró de buena fe ya que, a pesar de la situación económica de la empresa continuó pagando sus obligaciones y pagó los salarios al demandante a pesar de que este no estuviera trabajando y por ello, no se debía imponer la sanción contra la empresa; que no opera en forma automática la sanción contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.



ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandada: La demandada **IAC GPP SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN LIQUIDACIÓN**, refiere que la actitud del trabajador no puede recompensarse con mantener vigente la relación de trabajo, pues para que ello suceda, debe anteceder la prestación personal del servicio, al ser condición *sine qua non* para que se manifieste la existencia del contrato de trabajo y lo cierto es que, en esta ocasión, el trabajador no se reintegró en momento alguno a las actividades que allí debía desarrollar, pese a que a la fecha de los acuerdos celebrados (11 de mayo de 2018) con las organizaciones sindicales y las empresas que asumían el pago de sus prestaciones, aquellos trabajadores que participaron del cese de actividades, se reintegraron a sus labores. Indica que Además de garantizar la continuidad de la relación laboral para los trabajadores que así lo determinaran, se brindó la posibilidad de continuar prestando servicios, en hasta tanto se concluya el proceso liquidatorio, empero el demandante fuera de no acogerse a opción alguna, tampoco se reintegró a sus labores.

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



CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por la Juez de Conocimiento y el recurso de apelación propuesto por las partes, esta Sala de Decisión 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 y en interpretación de la misma, el determinar el extremo final del nexo contractual; derivado de ello, concretar la posibilidad de impartir condena por sanción por no consignación de cesantías.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues fue así aceptado por la empresa ante la declaración del Juez de Conocimiento, sin que se exhibiera reparo; lo que adicional se corrobora de los medios de convicción obrantes en el plenario, analizados bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT; en especial, copia del contrato de trabajo celebrado el 6 de septiembre de 1999 (fl. 32); certificado laboral emitido por IAC GPP Servicios Complementarios (fl. 28); cesión de contrato suscrito entre Cruz Blanca y la Institución Auxiliar del Cooperativismo GPP Cruz Blanca suscrito el 31 de marzo de 2005 (fl. 38); comprobantes de nómina (fl. 119 a 121, 126); historia laboral emitida por Porvenir (fl. 127 a 132); planilla integrada autoliquidación de aportes de los años 2015 a 2018 (fl. 312); interrogatorios de parte rendidos por los extremos litigiosos; probanzas

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



de las cuales se colige, que JOSÉ WILSON CRISTANCHO RISCANEVO laboró al servicio de la demandada IAC GPP SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN LIQUIDACIÓN, desde el 6 de septiembre de 1999 bajo la modalidad contractual a término indefinido, desempeñando el cargo denominado Médico Cabecera y devengando como contraprestación directa de sus servicios la suma básica mensual de \$4.284.000 (folios 28 y 32). Supuestos facticos respecto de los cuales no existe controversia en esta segunda instancia.

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

DE LOS EXTREMOS DEL CONTRATO

Preliminarmente, necesario se torna indicar que bajo el principio de la carga de la prueba, le atañe al ex trabajador demostrar la prestación del servicio humano, los extremos laborales en que se desplegó la misma, el cargo desempeñado, el salario devengado, la parte y la causal que dio lugar a la terminación del mismo y, al empleador demandado, la justeza en finalizarlo; deviniendo la lógica previsión legal, según la cual, las partes deben acreditar los supuestos de hecho de las normas cuyos efectos jurídicos persiguen, en virtud del artículo 167 del C.G.P.

En claro lo anterior y descendiendo a los motivos de reparo, se advierte que en lo tocante al extremo final es precisamente que surge la discrepancia entre las partes en conflicto, pues el actor ha defendido que tal circunstancia no se ha consumado al no recibir por parte del empleador la respectiva comunicación del finiquito contractual y, en contraposición, la convocada a juicio afirma que la prestación personal se desplegó hasta julio de 2018, pues a partir de dicha calenda el demandante no volvió a presentarse a la empresa.



Sobre el particular, oportuno resulta hacer referencia a lo acaecido entre las partes y, en específico, las situaciones temporales en que se desplegó el vínculo laboral.

Sobre este tópico, se advierte que la demandada al 3 de marzo de 2017, expidió senda certificación laboral, en la que corroboraba, que hasta dicha data el demandante seguía prestando sus servicios a IAC GPP Servicios Complementarios y posterior a dicha data, continuó pagando a favor del demandante, el salario hasta julio de 2018, de acuerdo al desprendible acopiado a folio 312 del paginario, pagos que fueron corroborados por el demandante a la hora de rendir el correspondiente interrogatorio de parte, cuando informó que, *“sí señora juez pero quiero aclarar primero no fue a noviembre de 2018 si no que fue hasta julio de 2018, señora juez yo tengo un contrato laboral del cual a mí no me han notificado la terminación de mi contrato”*.

Continuando con tal aspecto, obra en el folio 312, los pagos a aportes a seguridad social desde enero de 2015 hasta mayo de 2018.

Relativo al interrogatorio de parte el representante legal de la convocada a juicio en lo atinente a la vigencia del vínculo contractual en forma clara informó que, *“lo trabajo precisamente en el sentido que el señor Wilson Cristancho no volvió a prestar servicio personal, el contrato desde 2018, en julio de 2018 se dio por terminado precisamente en ese sentido, no hubo una prestación personal del servicio, fecha hasta que se le pagó todas sus prestaciones sociales”*.

Sin embargo, al indagársele sobre la fecha de notificación o comunicación al trabajador de la finalización del vínculo contractual, el representante legal informó que, *“en la oportunidad que estuvo en mi*



oficina en la carrera 13ª con 97 yo le dije mire doctor tenemos estas posibilidades si no, doctor, no hay nada que hacer este contrato se termina no hay más que hacer”.

Así las cosas, en un análisis en conjunto de los medios de convicción arrojados a las diligencias y, al margen de la validez o no en las documentales incorporadas por la pasiva y que atañen a sendas afiliaciones al sistema de seguridad social por el patronal GPP Servicios Complementarios en Salud, lo cierto es que, el demandante tuvo vocación de permanencia, disponibilidad y la espera en el llamado de la demandada, trayendo a colación las prescripciones de artículo 140 del CST, que en su literalidad enuncian:

«ARTICULO 140. SALARIO SIN PRESTACION DEL SERVICIO. *Durante la vigencia del contrato el trabajador tiene derecho a percibir el salario aun cuando no haya prestación del servicio por disposición o culpa del {empleador}»*

Así, tal disposición permite el pago del salario sin prestación del servicio, en aquellos eventos que, aun existiendo el derecho en el haber del trabajador, no puede ejecutarse el nexo por disposición o culpa del empleador; presupuesto normativo que claramente debe demostrarse por quien reclama su aplicabilidad bajo, nuevamente, los apremios del artículo 167 del CGP que imponen a quien busca «*el efecto jurídico*» de la norma que persigue, «*probar el supuesto de hecho*».

Condiciones que, para el *sub examine*, corresponden a la orden o culpa del dador de laborío en el impedimento para la ejecución de la prestación del servicio.

Que la demandada, dando respuesta al requerimiento efectuado por el despacho allegó copia de comprobantes de pago de aportes a seguridad social efectuados desde febrero de 2017 a enero de 2020 (fl. 384 a 398),



sin que obre una orden de tutela como lo señala el representante legal de la demandada, que le ordenara hacer esos pagos.

Del haz probatorio recaudado en el cartulario se tiene que, el Juzgado 41 Penal Municipal con Función de Control de Garantías mediante fallo de tutela proferido el 7 de junio de 2017, ordenó “*CUARTO: ORDENAR a IAC GPP SERVICIOS COMPLEMENTARIOS y a la CORPORACIÓN NUESTRA IPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación del fallo de tutela **CANCELE** a **JOSÉ WILSON CRISTANCHO RISCANEVO** identificado con cédula de ciudadanía No. 79.670.821 los salarios pendientes por pagar y las cesantías correspondientes al año 2016*” (fl. 83) y del cual no se arribó constancia alguna de que fuese impugnado y en caso afirmativo, la decisión adoptada en segunda instancia, respecto a la orden impartida.

Colofón de lo anterior, no obra en el cartapacio procesal otro fallo de tutela en el que se haya ordenado el pago de salarios o prestaciones sociales con posterioridad al año 2016, o por lo menos, la enunciada decisión no fue aportada por ninguna de las partes intervinientes en el trámite litigioso, luego entonces, esto también contradice lo dicho por el representante legal de la empresa en el interrogatorio de parte, cuando afirmó que los pagos de aportes al sistema de seguridad social realizados hasta enero del año 2020 obedecían “*por orden precisamente de una acción de tutela que puso el señor José Wilson Cristancho, varias acciones de tutelas las dirigió en contra de la IAC GPP Servicios Complementarios y en contra de corporación Nuestra IPS, varias de ellas no tuvieron razón y le fallaron en contra y alguna de ellas nos ordenaron pagarles*”.

Que el demandante alegó en el hecho 13 del líbelo genitor que “*...del cierre del centro de servicios por decisión unilateral de la INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP SERVICIOS COMPLEMENTARIOS y de la CORPORACIÓN NUESTRA IPS, mi poderdante no fue objeto de reubicación laboral*” y que al unísono contestó la convocada a juicio que, “**PARCIALMENTE CIERTO**, el presente



*hecho, fue consecuencia del retiro de usuarios de la EPS a la CORPORACIÓN NUESTRA IPS, nuestra única entidad contratante, dicha situación derivó en el cierre de esta sede del prestador, con ello se generó que la **CORPORACIÓN NUESTRA IPS**, no requiera al personal entregado por la GPP, así las cosas, se procedió a realizar diferentes reuniones con los trabajadores que se encontraban al servicio de nuestra contratante, en vista de lo anterior, la gran mayoría de los trabajadores fueron objeto de terminación de contrato de trabajo por mutuo acuerdo o se fueron bajo la figura de sustitución patronal.” como se vislumbra en el hecho 13 de la demanda.*

Consideraciones que demarcan los hechos antes debatidos, pues el actor demostró que el cierre de las instalaciones ubicadas en la Avenida de las Américas había obedecido a una decisión de su empleador, y que tal situación perduró por más de un año, de acuerdo a lo dicho por el mismo representante legal de la empresa a la hora de rendir interrogatorio “...cuando se lograron los acuerdos luego de un año de negociaciones ante el Ministerio y de pagarle la nómina a muchos trabajadores que también al igual que el señor estaban pendientes de salarios, se les dijo a los que estaban en jornada de dignificación porque implicaba un cese de actividades, por favor, ya les vamos a pagar, ya les vamos a solucionar, les hemos venido pagando, perdón, les vamos a solucionar el problema, por favor cesen la jornada de dignificación, yo creo que el 95% de los trabajadores que eran alrededor de 280 trabajadores de complementarios aceptaron la posición, menos el doctor José Wilson Cristancho...”.

Lo que conduce a patentizar que, en el presente, había lugar a declarar que el contrato se mantenía vigente, máxime que el mismo liquidador de la empresa, indicó que no comunicó al demandante del fenecimiento del vínculo contractual, ni en forma verbal, ni escrita, sino que, dio por sentado que este terminó porque él no se volvió a presentar a las instalaciones de la empresa.



Consecuencia de lo anterior, la decisión adoptada por la juez de conocimiento, a ordenar el pago de una retribución mensual a título de salario, mayormente cuando, bajo los exactos términos de los artículos 249, 306 y 186 del Estatuto Sustantivo laboral, las prestaciones se causan por la prestación efectiva del servicio, aspecto que, como ya se aludió, acaeció en el *examine*.

DE LA SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS

La acreencia laboral que debate la activa se encuentra estatuida en el 99 de la Ley 50 de 1990, la cual ha sido estudiada *in extenso* por la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, precisando que ésta sanción no es de aplicación automática y, por ende, deben tenerse en cuenta los elementos subjetivos de la mala fe o buena fe, para la aplicación de la norma.

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

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



De igual manera, ha advertido la Alta Corporación que con el propósito de establecer si la pasiva ha desplegado actuaciones enmarcadas bajo los principios de buena o mala fe, dicho aspecto debe ser analizado para la calenda de fenecimiento del vínculo contractual y no en atención a sucesos posteriores; sobre el particular adujo en proveído SL 16884-2016 Rad. 40272 de 16 de noviembre de 2016.

Ahora, descendiendo a los reparos elevados por el apoderado de la parte demandada al argumentar que se encontraba plenamente demostrada la buena fe, debe acotar esta Sala de Decisión que es precisamente el empleador quien debe demostrar la probidad en el manejo de asuntos de la envergadura que merece el resguardo de los derechos laborales y, con ello, impedir la condena a título de sanción.

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

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



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

(...)

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

Así entonces, conforme al criterio jurisprudencial esbozado, encuentra esta Sala que el proceder de la empresa **GPP SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN SALUD Y OTRO**, no se ajusta a los parámetros eximentes de la sanción por no consignación de las cesantías, y que en síntesis, son aquellos que buscan dilucidar actuaciones de buena fe en el proceder del patrono, pues, nótese que, fue mediante fallo de tutela que se ordenó el pago de las cesantías causadas del año 2016, dado el incumplimiento de la empresa en este punto.

Es así como tan solo el 20 de febrero de 2020, pagó las cesantías causadas por el período de 2016 (fl. 383)

Que para las cesantías causadas el año 2017, efectuó la cancelación de dicha prestación el día 24 de febrero de 2020 (fl. 382) y las cesantías causadas por el período del 2018, fueron pagas el 24 de febrero de 2020 (fl. 381).



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

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

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

“LA LIQUIDEZ DE LA EMPRESA COMO EXIMENTE DE MORATORIA:

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

De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por si misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime



si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N art 333)..." (Sent. 18 de septiembre de 1995, rad. 7393)».

Lo que conlleva sin lugar a dubitaciones adicionales, a confirmar la condena impuesta por la juez de conocimiento, pues no se vislumbra la buena fe de la empresa.

COSTAS. Costas en esta instancia a cargo de la empresa IAG GPP Servicios Complementarios dadas las results del recurso de alzada impetrado.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública celebrada el día 9 de septiembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral seguido por **JOSÉ WILSON CRISTANCHO RISCANEVO** contra **IAC GPP SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN LIQUIDACIÓN**.

SEGUNDO: COSTAS. En esta segunda instancia a cargo de IAC GPP Servicios Complementarios en Liquidación y a favor del demandante, dadas las results de la alzada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', with a large, stylized loop at the beginning.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luís Alfredo Barón Corredor', with a large, stylized loop at the beginning.

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Diana Marcela Camacho Fernández', with a large, stylized loop at the beginning.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de IAC GPP Servicios Complementarios en Liquidación y a favor del demandante, JOSÉ WILSON CRISTANCHO RISCANEVO en la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS M/CTE \$600.000.

A handwritten signature in red ink is positioned above the name. The signature is stylized, with a large loop at the beginning and a horizontal line extending to the right.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-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-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **AYDEE LUISA ROBAYO TORRES** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita. Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.
2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



A U T O

Se reconoce personería para actuar en calidad de apoderada sustituta de Colpensiones, a Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con C.C. No. 37.627.008 de Puente Nacional y portadora de la T. P. No. 221.228 del C. S. de la Judicatura, conforme a la sustitución allegada vía correo electrónico.

Así las cosas, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora AYDEE LUISA ROBAYO TORRES, solicita se declare la nulidad de la afiliación realizada en febrero de 1996 a la AFP Protección S.A. y el traslado efectuado a Colfondos; que fue engañada al realizar dicho trámite; que siempre ha estado afiliada a Colpensiones; que se deben trasladar los aportes, rendimientos, bonos pensionales, a Colpensiones.

Como consecuencia de las declaraciones, se condene a Colpensiones a inscribir sin solución de continuidad a la actora; que los fondos privados trasladen a Colpensiones la totalidad de aportes, rendimientos, bono pensional y demás emolumentos sufragados por la demandante; que se indexen las sumas de dinero; se condene conforme a las facultades ultra y extra petita; se paguen las costas y agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 3 a 5 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 10 de febrero de



1963; que la AFP Protección llevó a cabo reuniones grupales e individuales; que en febrero de 1996 sin recibir la información idónea firmó el formulario de vinculación a Protección, omitiendo suministrar información sobre las consecuencias del traslado de régimen, bono pensional, monto necesario para obtener el reconocimiento pensional, entre otras situaciones.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que, el traslado fue realizado en forma consciente, libre y voluntaria, sin que avizore ningún tipo de vicio del consentimiento. Como medios **exceptivos** propuso los de, prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones (fl. 92).

COLFONDOS, PENSIONES Y CESANTÍAS, se opuso a la declaratoria de las pretensiones, al haberse brindado una asesoría integral y completa frente a las implicaciones del traslado de régimen. Como **excepciones** propuso los de, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrador por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (fl. 132).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que el traslado fue efectuado en forma libre y voluntaria. Como **excepciones** propuso las de, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido



de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica (fl. 147).

En audiencia pública celebrada el 23 de febrero de 2021 el juzgado de conocimiento ordenó la vinculación de **Porvenir S.A.** (fl. 187).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, indicó que, a pesar de no haberse incoado pretensiones frente a dicha entidad, el traslado efectuado a Horizonte en el año 1995 había sido libre, espontáneo y sin presiones o engaños, cumpliendo la entidad en su momento con el deber de información. Como **excepciones** propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, excepción genérica (Fl. 197 medio magnetofónico Archivo denominado CONT 2019 00519 AYDE LUISA ROBAYO TORRES...).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Doce (12°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 15 de septiembre de 2021, resolvió; **declarar** la ineficacia de la afiliación materializada por la demandante el 17 de marzo de 1995 a Horizonte; **declarar** que la demandante se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones; **condenó** a Colfondos a devolver los valores recibidos por la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con frutos, intereses o rendimientos causados y costos cobrados por concepto de administración; condenó a Porvenir y



a Protección a devolver a Colpensiones a través de Colfondos los gastos de administración; condenó a Colpensiones a recibir todos los valores provenientes de Colfondos; **declaró** no probadas las excepciones propuestas; **condenó** en costas a “Porvenir” y ordenó la consulta de la providencia.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Y de la solicitud de la vinculación efectuada por la demandante, pues no se desprende que dicha afiliación se haya realizado en el marco de la libertad informado, pues la misma únicamente contempla datos de índole personal y laboral que no representan el carácter estricto que debe tener el traslado de régimen pensional, luego de dicha valoración pues se observa si una falta directa al deber de información que tenía horizonte con la señora Aydee Luisa Robayo Torres, el hecho de que repose en dicho documento un cuadro donde la accionante expresa que la afiliación es libre, espontáneas y sin presiones del afiliado no era suficiente para acreditar la obligación de información que tenía el fondo de pensiones con el nuevo afiliado...” .

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de **Colfondos S.A.**, interpone recurso de apelación en forma parcial, respecto a los gastos de administración durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante al RAIS, ya que estos emolumentos se encuentran autorizados legalmente y fueron pagados durante la afiliación de la trabajadora; que se deben aplicar los principios de equidad y justicia y no ordenarse el pago de estos conceptos, ya que esto genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y la afiliada, en caso de mantener la condena de devolución de gastos de administración, solicita se le quite la carga a la entidad de devolver por todos el tiempo cotizado al RAIS, ya que algunos aportes fueron realizados a otro fondo.

El apoderado de **Porvenir S.A.**, interpuso recurso de apelación con el



fin de que sea revocada la sentencia de primera instancia, al considerar que, para la época del traslado efectuado por el demandante solo se exigía el diligenciamiento del formulario de traslado y asesoría verbal, que se debe analizar en forma concreta las circunstancias en que se dio el traslado, apartándose del precedente jurisprudencial; que se brindó una asesoría oportuna al afiliado; que la demandante ha efectuado traslado entre diferentes fondos privados otorgando su voluntad de permanecer en este régimen; que los gastos de administración son costos descontados en forma legal y genera un enriquecimiento sin justa causa al RPM; que se debe declarar probada la excepción de prescripción, respecto a gastos de administración, prima de seguros, rendimientos, y demás, ya que estos emolumentos no están llamados a financiar la pensión.

El apoderado de **Colpensiones** solicita se revoque la sentencia, al estimar que, no se debe ordenar la devolución del demandante, al encontrarse inmersa en una prohibición legal para retornar a Colpensiones; que se efectuaron traslados sucesivos en el RAIS; que las razones de volver a Colpensiones obedece al monto de la mesada pensional.

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:

El apoderado de la parte **demandante**, pide se confirme la sentencia de primera instancia, al estimar que, se encontraba acreditada la falta de información al momento del traslado, el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, la inversión de la carga de la prueba, de



acuerdo a los antecedentes jurisprudenciales emitidos por la H. Corte Suprema de Justicia.

A su turno, **Porvenir S.A.**, reclama se revocara la sentencia de primera instancia, al no encontrarse acreditado ningún vicio del consentimiento; que la entidad le garantizó el derecho de retracto a la afiliada; que se encuentra acreditada la información suministrada a la trabajadora con los formularios de afiliación; que no es posible imponer a la entidad cargas diferentes a las señaladas para la data del traslado; que tampoco se debe ordenar la devolución de sumas de dinero diferentes a las indicadas en la Ley 100.

La apoderada de **Colpensiones**, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, al estimar que, los contratos suscritos con las AFPs son nulos, al haber sido suscritos en forma libre y voluntaria, después de recibir la información idónea por parte del asesor, no configurándose las causales para que sea declarada la ineficacia del traslado; que no es viable imponer cargas a los fondos de pensiones que no estaban vigente para el momento del traslado.

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 20 del cartulario, y frente a la cual la entidad dio respuesta en forma desfavorable al peticionario el 16 de mayo de 2019 (fl. 38).

PROBLEMA JURÍDICO

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 recursos incoados por los apoderados de las demandadas 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 Aydeé Luisa Robayo Torres al régimen de ahorro individual administrado por Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. y las que se dieron con posterioridad a aquella, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte



Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, respuesta a derecho de petición incoado ante Protección, Colpensiones y Colfondos (fl. 17, 20 y 23); formulario de afiliación a Colmena Cesantías y Pensiones (fl. 18, 167, 171); formato de consentimiento de afiliación a Colmena (fl. 19, 172); respuesta de Colfondos, Colpensiones a petición (fl. 27, 38, 170); formulario de afiliación a Colfondos (fl. 29); resumen de historia laboral (fl. 30); reporte de Colfondos (fl. 31); expediente administrativo expedido por Colpensiones (fl. 105, medio magnetofónico); certificado emitido por Asofondos (fl. 168, 197, CD, archivo de contestación, fl. 64); constancia de traslado de aportes emitida por Protección (fl. 173); formulario de afiliación a Horizonte Pensiones y Cesantías suscrito el 17 de marzo de 1995 (fl. 197, CD, archivo de contestación, fl. 66); relación de aportes emitido por Porvenir (fl. 197, CD, archivo de contestación, fl. 79); historia laboral consolidada emitida por Porvenir (fl. 197, CD, archivo de contestación, fl. 80); certificado de afiliación a Porvenir S.A. (fl. 82, CD, archivo de contestación, fl. 82).

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».*

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 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».

Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providen-



cia 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».

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con



claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.

2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.



3. *Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*
4. *Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*
5. *Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*
6. *Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia*

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

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

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

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

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el párrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones 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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

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

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

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

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



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 desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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

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

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

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

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



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

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

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 8 de octubre de 1982 al 10 de abril de 1983, tal como se advierte de la historia laboral que obra en el expediente administrativo allegado por Colpensiones, para luego afiliarse a la AFP Horizonte el 17 de marzo de 1995 hasta el 29 de febrero de 1996 (fl. 68 del CD, fl. del medio magnetofónico) cuando decide trasladarse a Colmena, el 14 de febrero de 1996 (fl. 171), donde decide trasladarse a Colfondos, el 1 de febrero del año 2000 (fl. 29) fondo, 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.



TEORÍA DEL CASO

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. 36, 84, 96).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativa en afirmar que la afiliación a Horizonte en el año 1995, se efectuó en forma grupal con el grupo de profesionales que pertenecían a la institución, que la asesoría duró aproximadamente 10 o 15 minutos y allí les *“felicitó por haberlo seleccionado, a ellos como el fondo privado de pensiones, dado que no solamente el seguro social se iba acabar, sino que íbamos a tener la garantía de una pensión vitalicia digna y en el momento en que así soñáramos tenerlo”*

Respecto al traslado efectuado a Colmena, dijo que este había sido *“...el primero de febrero del año 1996 en una reunión general realizada con el staff de profesionales de la institución con la cual laboraba”*.

El asesor de Colmena duró aproximadamente 20 minutos, que le hablaron del *“ahorro, nos hablaron del aporte que se iba a hacer por parte del trabajador y del empleado que en ese caso era quién había insistido, tomado la decisión de que fuese con Colmena”* y a pesar de que su empleador no le indicó que repercusiones tenía el no afiliarse a dicha AFP, fue la única que les ofreció para que se afiliaran.



Que el traslado entre fondos privados obedeció al *“...tránsito por cambio laboral, es decir, cambiaba de empleador y en el empleo nuevo, nos indicaban con quién era como más fácil fundamentalmente el paso, pero no, ese fue el motivo, del cambio de empleador”*.

Que el motivo por el cual se trasladó a Colmena, fue porque, *“el empleador que tenía en ese momento, nosotros llevábamos alrededor de 4 años previos laborando en la institución sin prestaciones sociales y es nuestro empleador quién decide citar a esta reunión general, como le comentaba de los profesionales inicialmente para que sea el asesor de Colmena que nos indique la entrada al fondo privado Colmena”*, informándosele en el momento que, tenían *“tres argumentos que recuerden este momento, el primero que el seguro social se va acabar debido a los procesos administrativos y las dificultades de gestión que tenía y que el fondo privado entraba como una opción confiable, equitativa, para soñarnos una pensión en el tiempo que nosotros quisiéramos pensionarnos y con el salario que quisiéramos pensionarnos”*.

En el año 2000, cuando se traslada a Colfondos, lo hizo porque iba a entrar a trabajar con *“...la universidad privada, con la cual también venía trabajando inicialmente con un salario integral, en el año 2000 hacemos el paso también en el mes de febrero, cuando la institución nos solicita empezar en una vinculación con parafiscales que también en ese momento todavía no teníamos”*

En lo tocante a la información suministrada, por Horizonte hoy Porvenir y Colfondos, fue conteste en señalar que, no le hablaron de los rendimientos que podía generar su cuenta individual, ni tampoco de la posibilidad que tenía de hacer aportes voluntarios; ni qué pasaría con los aportes en caso de que falleciese; ni las modalidades de pensión que existían, así como tampoco le brindó información adicional frente a la decisión que estaba tomando.



Cuando suscribió el formulario de traslado a Colfondos en el año 2000, no leyó el formulario.

Que se encuentra desmotivada a continuar en un fondo privado por cuanto, *“...el principio inicialmente de confianza que había sido dado en el paso que era que me iba a pensionar en el momento que yo quisiera y con el salario soñado no eran condiciones de realidad”,* agregando en su declaración que, *“...mi sorpresa es que empiezan a fallecer compañeros que están también vinculados con el fondo de pensión y eso que había sido hasta ahora un principio de confianza, descubre otras realidades de las cuales yo no estaba informada, por ejemplo que al fallecer una compañera mía me indica que no es la pensión heredable y empiezan las preocupaciones mías, con respecto a qué significaría la instancia para tener esa pensión digna, legítima, a la cual yo creo que cualquier ciudadano sueña, esa es la razón de pensar de mi traslado”*

En lo atinente a extractos de la cuenta individual indicó recibirlos desde hace poco, vía correo electrónico, que para el año 1995 no los recibía.

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, pues pese a que de su declaración de parte se puede constatar que le informaron algunas pocas las características del RAIS, de dicho medio de convicción no es posible concluir una asesoría que diera cuenta de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, ni tampoco la manera en como obtendría una mesada pensional, y como quiera que no media 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 se traduce en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales de la demandante, sin que para ello resulte relevante si era



o no beneficiaria del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o no tuviere una expectativa legítima, 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.

Puestas en ese escenario las cosas, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó el sentenciador de primer grado, contrario a lo afirmado por las demandadas, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró a la demandante los datos e información suficiente clara y oportuna de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, circunstancia que decanta en la ineficacia de tal acto jurídico.

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 los rendimientos financieros y los descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de la demandada AFP Porvenir S.A. y Colfondos, al considerar que la ineficacia de traslado no puede generar tal consecuencia, pues esas deducciones se encuentran soportadas en la ley y encuentran sustento en la debida administración de la cuenta de ahorro individual de la activa.

Para resolver, se tiene que acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye



una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

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

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional 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 AFP apelante al censurar la condena por concepto de devolución de rendimientos, gastos de administración y demás, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para las AFPs, de reintegrar tales valores.

Por otro lado, dado que el apoderado de Colfondos, señala que el juez de conocimiento debió emitir sentencia en equidad y en justicia, sin embargo, en este punto, debe precisar esta Colegiatura, que, no puede ni debe apartarse el juez de conocimiento y mucho menos la Sala de Decisión de la aplicación de la Ley, y mucho menos insinuar que las preceptivas legales son ignominiosas, ya que estas son emitidas e interpretadas en forma racional y buscando equilibrio en los derechos de los ciudadanos.

Luego entonces, no es viable, estudiar y proferir una sentencia, sin aplicar las leyes y la jurisprudencia, ya que este ya no sería un fallo en derecho, sino en conciencia, al dejarse de lado el estudio y valoración probatoria, normas, basándose únicamente en la convicción y la decisión no es motivada y tal situación no puede pretender aplicar en el sub examine, dado que esta función se encuentra restringida a los jueces de Paz, conforme a lo dispuesto en la Ley 497 de 1999.

Fue alegado en la alzada, el estudio del fenómeno prescriptivo, para tal efecto, considera esta Sala de Decisión, resolver tal dicotomía, de acuerdo a los postulados emitidos por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en sentencia SL 2329 del 2 de junio de 2021, la cual ha sido enfática al precisar que, no es procedente declarar la prescripción cuando se ha declarado la ineficacia del traslado de régimen.



Al declararse la ineficacia del traslado y ser esta imprescriptible, los derechos que se reconozcan como consecuencia de tal manifestación, también lo son, al ser derechos de carácter irrenunciables, al provenir del sistema de seguridad social, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política.

Consecuencia de lo anterior, no se declarará probada la excepción de mérito propuesta y alegada en el recurso.

Finalmente, 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.

En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, Porvenir y Colfondos, dadas las resultas del recurso de alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, 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 Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 15 de septiembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **AYDEE LUISA ROBAYO TORRES** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –**



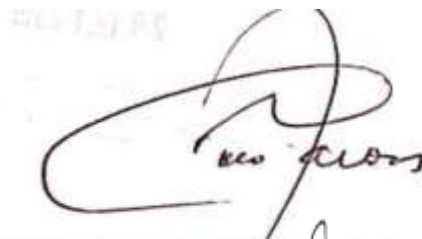
COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS Y PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de Porvenir S.A, Colpensiones y Colfondos dado el resultado de la alzada.

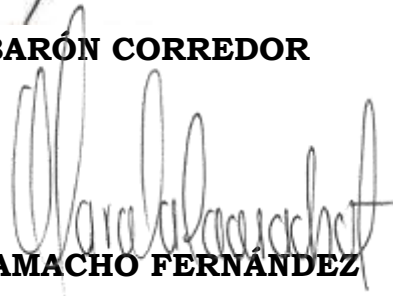
Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is written over a faint, circular official stamp.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Luís Alfredo Barón Corredor", is written over a faint, circular official stamp.

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Diana Marcela Camacho Fernández", is written over a faint, circular official stamp.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de las AFPs PORVENIR S.A., COLFONDOS y COLPENSIONES a favor de la demandante, AYDEE LUISA ROBYO TORRES en la suma de \$400.000 pesos moneda corriente, para cada una de las entidades.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is positioned above the name. The signature is fluid and cursive, with a large loop at the beginning.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-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-



15201900841 01 ¹

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **HUMBERTO GARCIA ALZATE** CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS
(Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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



15201900841 01 2

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Alida del Pilar Mateus Cifuentes** identificada con cedula de ciudadanía No. 37.627.008 de Puente Nacional y tarjeta profesional 221.228 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. María Camila Bedoya García.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **HUMBERTO GARCÍA ALZATE** a través de apoderada judicial, pretende se declare la anulación por ineficacia de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; en consecuencia, se ordene su traslado y afiliación a Colpensiones como si nunca se hubiera ido de dicho régimen; se ordene a Colfondos la devolución a Colpensiones de todos los dineros que recibió con motivo de su afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir la sociedad con su propio patrimonio la disminución del capital de financiación de la pensión; se condene a Colfondos, en caso de haberse otorgado



previamente pensión al momento de dictarse la sentencia, a seguir pagando la misma hasta tanto sean trasladados todos los recursos a Colpensiones y sea incluido en la nómina de pensionados; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (fls. 5 y 6).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 a 5 del expediente, que en síntesis indican que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 29 de agosto de 1977; que el 6 de diciembre de 1999 se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A., como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los fondos privados de pensiones. Añade que la AFP Colfondos S.A. solamente se limitó a llenar un formato preestablecido para la afiliación, sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS en comparación con las consecuencias negativas que le acarrearía abandonar el régimen al cual se encontraba afiliado; que Colfondos no le entregó proyecciones ni comparativos, como tampoco le informó sobre la tabla de mortalidad de rentistas, la edad de cotización en ambos regímenes, cuánto capital ahorrado necesitaba para pensionarse en el fondo privado, cuál sería el monto de su pensión en caso de tener cónyuge, compañero, hijo discapacitado o menor de edad, así como tampoco le brindó información acerca del derecho a retractarse de la afiliación. Sostiene que los fondos privados de pensiones publicitaron información que faltaba a la verdad, indicando que en el RAIS se podía pensionar a edad más temprana, al igual que la mesada pensional sería de mayor valor,



que el capital ahorrado iba a tener un rendimiento financiero, y que el ISS iba a desaparecer. Refiere que se presenta una diferencia en la mesada pensional que sería reconocida en uno u otro régimen pensional, por manera que solicitó ante las convocadas la anulación de su afiliación al RAIS y su activación a Colpensiones, lo cual le fue resuelto en sentido desfavorable por ambas entidades.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A., por lo tanto, no es posible tenerlo como vinculado al RPM y recibir sus aportes; acotando que la entidad siempre ha actuado ajustada a derecho. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones (Cd. a folio 239).

A su turno, la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, sí brindó al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPM, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes. Sostiene que no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a la



AFP fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento, a más que la parte demandante suscribió el formulario de vinculación de manera libre y con su consentimiento expreso, como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Por último, afirma que no se puede pretender dejar sin efecto un acto válido, que nació a la vida jurídica y que ratifica los actos del demandante con vinculación formal hace más de 20 años a Colfondos S.A., en tanto aquel, dentro del plazo contenido en las disposiciones legales para manifestar sus inconformidades o volver al RPM, no lo hizo. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica. (fls. 59 a 266).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 8 de septiembre de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado efectuado por el actor al RAIS el 6 de diciembre de 1999; **ordenar** a Colfondos S.A. trasladar los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, con destino a Colpensiones, y a esta entidad que reciba dichos recursos, reactive la



afiliación del demandante y los acredite como semanas cotizadas en el RPM; y **sin condena** en costas. (Medio magnetofónico a folio 338).

Lo anterior por considerar el A quo que, la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, 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 Colfondos, haya cumplido con el deber legal de informar al 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.

CONSULTA

Surtidos los términos procesales, como quiera que las partes no formularon recurso de apelación contra la determinación de primera instancia, y al resultarle adversa a Colpensiones, el expediente fue remitido a fin que se surta el grado jurisdiccional de Consulta a su favor, 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 procesal solicita la confirmación del fallo opugnado, aduciendo en síntesis que en el caso que nos ocupa la AFP Colfondos no cumplió con los requisitos legales y jurisprudenciales para mantener la validez y eficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, incumpliendo con la obligación prevista en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y lo dispuesto en el Literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sobre la decisión libre y voluntaria del afiliado al momento del traslado de régimen pensional.

Parte demandada: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, al descorrer el traslado otorgado, indica que no es procedente declarar que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por el accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró 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. Manifiesta que en ningún momento se logró observar vicio del consentimiento, ni por error, fuerza o dolo, como quiera que el demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aportes en pensión, no fue obligado ni muchos menos se ejerció presión o fuerza para que se trasladara, y por último



referente al dolo el cual es de resaltar que el mismo no se presume sino que se prueba, no hay prueba idónea y contundente que el asesor de manera dolosa y con la intención de ocasionar un daño lo indujo al traslado. Refiere que el demandante recibió toda la información necesaria para realizar el traslado, por ende, no se le vulneró ninguno de los derechos descritos en la parte petitoria de la demanda, *contrario sensu*, se le respetó su derecho de afiliación al suscribir formulario con el RAIS.

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

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 evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folio 68 del expediente.

PROBLEMA JURÍDICO

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



Juzgador de primera instancia, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si, en atención a la ineficacia del traslado declarada, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones se encuentra compelida a consumir las obligaciones imputadas o si esto comporta una afectación a sus derechos.

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

ACEPTACIÓN DE APORTES Y ACTIVACIÓN DE LA AFILIACIÓN

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, historia laboral expedida por Colpensiones (fls. 46 a 47), derechos de petición elevados ante las demandadas y sus respuestas (fls. 48 a 49 y 68 a 73), formulario de afiliación a la AFP Colfondos (fl. 50), historia laboral válida para bono pensional (fl. 51), certificado para la emisión, expedición o negociación de bono (fl. 52), historia laboral emanada de la AFP Colfondos (fls. 53 a 67), documento de identificación del accionante (fl. 74), Resoluciones 2363 de 2011, 1063 de 2010, 2204 de 2012 y 685 de 2013 emitidas por la Superintendencia Financiera (fls. 103 a 180), folleto de AFP Porvenir (fls. 181 a 187), comunicados de prensa (fls. 188 a 211), estudio pensional del demandante y hoja de



vida actuario (fls. 212 a 232) e interrogatorio de parte rendido por el demandante (Cd a folio 338); de las cuales se colige, que el señor HUMBERTO GARCIA ALZATE elevó aportes al otrora Instituto de Seguros Sociales desde el 29 de agosto de 1977 hasta el 31 de enero del 2000²; para luego trasladarse a la AFP Colfondos S.A. el 6 de diciembre de 1999 (fl. 50 te); fondo este último al cual se encuentra actualmente vinculado y realizando aportes al subsistema de seguridad social integral en pensiones; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Al punto, se demuestra que la razón de la ineficacia declarada por el Juez de Conocimiento se sustentó, entre otras cosas, en la falta de demostración del cumplimiento de los deberes por parte de la AFP COLFONDOS S.A., en cuanto a suministrar la información veraz, integral y que atendiera la situación pensional de HUMBERTO GARCIA ALZATE, manifestación que no fue objeto de recurso por la anunciada administradora; circunstancia que por demás se encuentra cimentada en lo dispuesto en el numeral 1° del art. 97 del D. 663 de 1993, artículo 23 de la Ley 795 de 2003, art. 3 literal c) de la Ley 1328 de 2009 y ha sido sostenido *in extenso* por la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencias del 22 de noviembre de 2011 bajo radicado 33083, SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014, SL 17595 del 18 de octubre de 2017, SL 1452-2019 del 3 de abril de 2019 y en providencia del 8 de mayo de 2019

² Folio 46 del expediente.



bajo radicado 68838, últimas dos con ponencia de la H. Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Por manera que, ante la falta de medios de convicción que permitan constatar que previo a surtirse el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de ahorro individual con solidaridad, la administradora privada de pensiones cumplió con el inexcusable deber de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculado, no media duda sobre la ineficacia del traslado dispuesta por el *a quo*, cuya consecuencia lógica, conduce a que la vinculación que alguna vez tuvo con el RAIS no surta efecto alguno, teniendo entonces como única, válida y que produce efectos jurídicos la realizada al otrora Instituto de Seguros Sociales.

Ahora, ante la ausencia de disposición en la sentencia de primera instancia respecto a la imposibilidad de realizar descuentos de las cotizaciones, como gastos de administración de la cuenta individual de HUMBERTO GARCÍA ALZATE, se adicionará la sentencia sobre este puntual aspecto.

Lo anterior, conforme al pronunciamiento de la H. Corte Suprema de Justicia, que en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, indicó:



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

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

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

(...)

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»



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*. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR EL NUMERAL PRIMERO de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 8 de septiembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A.** que traslade la totalidad de dineros a **COLPENSIONES**, sin efectuar descuentos con ocasión al traslado o por gastos de administración, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

15201900841 01 14

TERCERO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

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-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARTHA GLADYS GONZALEZ CALVO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno (2021), 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

Se reconoce personería para actuar en calidad de apoderada sustituta de Colpensiones, a **Alida del Pilar Mateus Cifuentes**, identificada con

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



C.C. No. 37.627.008 de Puente Nacional y portadora de la T. P. No. 221.228 del C. S. de la Judicatura, conforme a la sustitución allegada vía correo electrónico.

Así las cosas, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora MARTHA GLADYS GONZALEZ CALVO, solicita se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en un 100%, a partir del 1 de abril de 1998; se condene a Colpensiones a pagar la mesada pensional; a liquidar y pagar las diferencias causadas entre lo dejado de cancelar con ocasión del fallecimiento del causante y la sentencia; se ordene liquidar y pagar los reajustes anuales; se condene a Colpensiones a pagar las sumas necesarias para hacer los ajustes conforme al IPC; a pagar intereses moratorios; a reconocer los demás derechos conforme a las facultades *ultra y extra petita*.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 2 a 5 de las diligencias, que en síntesis advierten, que el señor Olegario Villegas Muñoz (q.e.p.d.) nació el 25 de enero de 1920; que la actora nació el 9 de septiembre de 1959; que el señor Villegas contrajo matrimonio con la señora Elizabeth Quiceno de Villegas y mantuvo una convivencia de pareja hasta 1950; que la pareja nunca disolvió el vínculo matrimonial; que en 1978 el señor Villegas inició convivencia con la demandante; que de la unión de la última pareja se procrearon tres hijos; que mediante Resolución No. 09394 del 10 de septiembre de 1981 el extinto Instituto de Seguros Sociales le reconoció al trabajador fallecido una



pensión de vejez; que el pensionado falleció el 31 de marzo de 1998; que mediante Resolución No. 010591 del 30 de septiembre de 1998 le fue reconocida pensión de sobrevivientes a la señora Elizabeth Quiceno de Villegas; que la entidad mediante acto administrativo modificó la decisión inicial e incluyó como beneficiarios a los hijos del fallecido; que en 2011 falleció la señora Quiceno de Villegas y para dicha data los hijos de la pareja no percibían la prestación; que solicitó el reconocimiento de la pensión y con Resolución GNR 192096 del 29 de mayo de 2014 la entidad le resolvió en forma desfavorable la petición; que interpuso recurso de apelación contra el acto administrativo y el mismo es resuelto en forma negativa; el 23 de noviembre de 2016 solicitó el reconocimiento pensional a su favor y Colpensiones con Resolución No. 361424 del 30 de noviembre de 2016 negó tal pedimento; que interpuso recurso y este es resuelto en forma desfavorable con Resolución VPB 6686 de 20 de febrero de 2017; que la actora dependía económicamente de su compañero permanente.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que, la pensión ya había sido reconocida a la señora Elizabeth Quiceno de Villegas en calidad de cónyuge del pensionado, sin que se presentara oposición alguna por la aquí demandante. Como medios exceptivos propuso los de, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y caducidad y la innominada o genérica (fl. 66).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Dieciséis (16°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 1° de octubre de 2021, resolvió; **absolver** a la demandada de todas y cada



una de las pretensiones incoadas por la demandante; **declaró** probada la excepción de inexistencia de la obligación alegada por Colpensiones; **condenó** en costas a la actora.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Lo cierto es que en este proceso no se logra desvirtuar en manera alguna que la cónyuge no tuviese derecho, la señora Elizabeth Quiceno de Suárez, porque es que la parte actora reclama para sí el 100% de la pensión y esto llevaría que te tuviese que estar demostrado que la señora Elizabeth Quiceno no tenía derecho alguno para que le correspondiera ese derecho en un 100%, cómo lo solicita para la Señora Marta Gladys González, pero eso no se demostró en el proceso, por el contrario es claro que está se demostró que la señora Elizabeth Quiceno de Villegas se le concedió pensión de sobrevivientes en su calidad legítima del cónyuge sobreviviente del señor Olegario Villegas, no se demostró en el proceso que existieran convivencia simultáneas o que sea aunque hubiesen abandono de convivencia entre el señor Olegario Villegas y Elizabeth Quiceno o que por alguna razón la señora Elizabeth Quiceno no tuviese derecho a la pensión que se reclama....” .

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de la **demandante**, solicita se revoque la sentencia, hincando su inconformidad frente a la sentencia, al considerar que, se debe proteger el grupo familiar del pensionado fallecido; que no reclamó la prestación al considerar que si esta le había sido reconocida a sus hijos, ella también tenía derecho a la pensión; que el hecho de no haberse presentado la reclamación una vez falleció su compañero permanente no desvirtúa la dependencia económica; que los testigos y la misma demandante fueron contestes en informar sobre la convivencia de la pareja desde 1978 hasta su deceso; que se debe aplicar la norma más favorable a la demandante y la norma actual permite el reconocimiento prestacional en forma conjunta.



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:

La apoderada de **Colpensiones**, solicita se confirme el fallo de primera instancia al estimar que, la entidad le reconoció la pensión de sobrevivientes a la cónyuge del afiliado, quien además recibía el incremento pensional, al encontrarse acreditada su calidad y derecho; que la actora reclamó la pensión para sus hijos pero guardó silencio por más de 20 años frente a su posible derecho.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 35 del cartulario, y frente a la cual la entidad dio respuesta en forma desfavorable a la peticionaria con Resolución No. GNR 361424 del 30 de noviembre de 2016 (fl. 38).

PROBLEMA JURIDICO

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 66 A del C.P.T y la S.S., esta Sala procede a analizar si la señora Martha Gladys González Calvo en



calidad de compañeras permanentes, son beneficiarias de la sustitución pensional del señor Olegario Villegas Muñoz (q.e.p.d.), de ser afirmativa la anterior premisa, se deberá establecer el retroactivo causado a favor de la citada señora.

STATUS DE PENSIONADO DEL CAUSANTE

No es tema de controversia la calidad de pensionado del causante señor Olegario Villegas Muñoz, pues la misma se desprende de la copia de la Resolución No. 09394 del 10 de septiembre de 1981, en la que el extinto Instituto de Seguros Sociales, le reconoció la pensión de vejez (fl. 18).

SUSTITUCION PENSIONAL

Es menester precisar que viene sentado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que es la fecha de fallecimiento la que determina la norma aplicable al caso. Bajo esta premisa, en consideración a que la señora Martha Gladys González Calvo, pretende obtener la sustitución pensional vitalicia en calidad de compañera permanente del señor Olegario Villegas Muñoz (q.e.p.d), quien falleció el 31 de marzo de 1998 (fl. 15), según se indica en el registro civil de defunción visible a folio 15 del cartulario, motivo por el cual, le es aplicable el régimen previsto en los artículos 46 y 47 de Ley 100 de 1993, en su redacción original, norma que establece que:

«Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

(...)

- 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca..»*

A su turno, el artículo 47 de la preceptiva legal, preceptuó que los beneficiarios de la pensión serían,



«...a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido...»

En este punto debe tenerse en cuenta que el señor Olegario Villegas Muñoz (q.e.p.d.), ostentaba la calidad de pensionado, luego entonces, la compañera permanente, debe acreditar la convivencia por un interregno de tiempo igual o superior a los dos años anteriores al fallecimiento del jubilado.

De esta manera el reconocimiento pensional de forma vitalicia está supeditado a dos requisitos, a saber, i) edad y ii) tiempo de convivencia. Frente al primero, se constata que la fecha de natalicio de la señora Martha Gladys González Calvo fue el 9 de septiembre de 1959 (fl. 17), lo que en suma implica que para la fecha del deceso del causante, aquella contaba con 39 años de edad, lo que conlleva a que, para la data del deceso del *de cuius*, se cumpliera con la primera de las exigencias legales para acceder al derecho pensional deprecado.

De acuerdo al precepto legal, debe resaltar esta Sala de Decisión que, la misma propende por una convivencia efectiva, real y material entre la pareja, sin que sea relevante la naturaleza jurídica del vínculo que tuviera el fallecido, resaltándose para tal efecto, que no existe distingo alguno entre cónyuge y compañero permanente a la hora de presentar sendas reclamaciones pensionales y así se ha entendido entre otras en sentencia CSJ SL, del 31 de enero de 2007, Rad. 29601, reiterada en CSJ SL 5640 del 2015.



Así pues, en aras de establecer si en el caso *sub judice* la demandante logró acreditar el segundo de los requisitos que les impone la norma para ser beneficiaria de la sustitución pensional, resulta preciso entrar a analizar las pruebas arrimadas al plenario, conforme a los artículos 60 y 61 del CPL dentro de las cuales reposan las siguientes documentales;

1. Registro civil de defunción de Olegario Villegas Muñoz (fl. 15)
2. Certificado emitido por la Registraduría Nacional del Estado Civil respecto a la identificación del pensionado (fl. 16)
3. Copia de cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 17)
4. Copia de la Resolución No. 09394 del 10 de septiembre de 1981 emitida por el Instituto de Seguros Sociales (fl. 18)
5. Declaración notarial extrajudicial (fl. 20, 29)
6. Copia de la cédula de ciudadanía y registro civil de nacimiento de Carlos Arturo Villegas González (fl. 21 y 22)
7. Copia de la cédula de ciudadanía y registro civil de nacimiento de Lina Marcela Villegas González (fl. 23 y 24)
8. Copia de la cédula de ciudadanía, registro civil de nacimiento y de defunción de Sergio David Villegas González (fl. 25 a 27)
9. Certificado de no pensionada emitida por Colpensiones a la actora (fl. 28)
10. Fotografías (fl. 30)
11. Autorización dirigida a Jardines de la Esperanza (fl. 34).
12. Derecho de petición incoado por la actora ante Colpensiones (fl. 35, 42)
13. Copia de las Resoluciones GNR 361424 del 30 de noviembre de 2016, VPR 6686 del 20 de febrero de 2017 (fl. 38 y 44)
14. Copia de comunicación remitida por Colpensiones a la actora (fl. 47).
15. Copia del expediente administrativo del *de cujus* (fl. 64).



DE LA CONVIVENCIA

En lo que respecta a la convivencia de la pareja conformada por el señor Olegario Villegas y Martha Gladys González Calvo, se tiene en el interrogatorio de parte recepcionado a la actora, esta afirmó lo siguiente;

Que tuvo tres hijos con el pensionado, de los cuales, dos de ellos, se encuentran con vida y el hijo menor falleció; que vive con una hija y ella suple sus gastos personales; que no tiene ningún tipo de ingreso; que al pasar los registros civiles de sus hijos al extinto Seguros Social creyó que la entidad le reconocería la prestación; que se presentó a reclamar la prestación pero Colpensiones le resolvió en forma desfavorable su pedimento; que cuando se enteró que la señora Elizabeth Quiceno había fallecido, presentó la reclamación de la pensión para ella; que convivió con el pensionado por 20 años, desde el año de 1978 hasta su deceso; que cuando quedó embarazada de su primer hijo, la pareja decidió irse a vivir junta; que él le comentó que era casado pero separado hacía 30 años de la esposa, ya que esta abandonó el hogar; que una hija de él le dijo que hiciera los papeles de la pensión ya que la mamá había fallecido; que su compañero tenía hijos mayores y los de ella eran los menores; que Colpensiones le reconoció un retroactivo a favor de sus hijos pero no le dieron más.

Al interrogarse sobre los declarantes, dijo que Luz Marina era una vecina de la casa de los padres de la demandante; que ella la vio con él y que vivieron juntos; que vivieron en el Barrio Nevado y después a los alrededores de este barrio y que Mónica Garzón era la esposa de un hermano de ella, que toda la vida la vio con él y que ella sabe que ella tuvo los tres hijos con el señor Olegario.



En lo atinente a la prueba testimonial recaudada a favor de la demandante, la señora Luz Marina Monroy informó ser vecina de la actora, en el Barrio el Nevado – Manizales, que Olegario era el esposo de la demandante, pero solamente sabe el nombre de éste, que la pareja vivió juntos por 15 o 20 años aproximadamente; que procrearon tres hijos; que con el pensionado poco hablaba, pero con la actora si charlaba en forma frecuente; que él estuvo muy enfermo pero no sabe el motivo de su fallecimiento; cuando él falleció cree que estaban viviendo juntos; que cree que era pensionado porque lo veía descansando; que no sabe cuánto dinero le pagaron a la actora y que esta dependía económicamente de su compañero. Que cuando se reunían la presentaba como su esposa, que la pareja nunca se separó y la actora era ama de casa.

A su turno, Mónica Lucía Garzón Vásquez, en calidad de cuñada de la demandante, precisó que “cree” que la pareja vivió junta veinte años, que vivieron en arriendo y después compraron una casa en el barrio Bajo Cervantes; que no tiene certeza de los períodos de convivencia, aunque sí tiene claro que el señor Olegario falleció en marzo de 1998, ya que, su hijo nació en abril de esa misma calenda; que para la fecha del fallecimiento ellos vivían juntos; que no sabía si el pensionado estaba enfermo, solo sabía que estaba delicado de salud; que ella le decía que estaba con él; que no sabía de la existencia de la esposa del ex trabajador; que él presentaba a la señora Martha como su esposa; que la pareja nunca se separó; que la actora dependía de Olegario; que visitaba a la actora muy de vez en cuando y cuando lo hizo, fue como dos o tres veces; que nunca se dio cuenta que la hubiera dejado.

Ahora bien, del extenso caudal probatorio acopiado en el expediente administrativo aportado por Colpensiones con la contestación de la demanda, se pudo obtener la siguiente información (fl. 64).



El 18 de febrero de 1981 el señor Olegario Villegas Muñoz solicitó el reconocimiento de pensión de vejez e inscribió como “*MIEMBROS DE LA FAMILIA QUE PUEDEN CAUSAR DERECHO A ASIGNACIÓN FAMILIAR*”, a Elizabeth Quiceno de Villegas en calidad de cónyuge y a Mario Edilson y Martha Lucia Villegas Quiceno como sus hijos. (Archivo 00523480000000001199137001501A).

De acuerdo a la información registrada por el afiliado, el ISS le reconoció la pensión y los incrementos pensionales por cónyuge e hijos a cargo, mediante Resolución No. 09394 del 10 de septiembre de 1981 (Archivo 00523480000000001199137002901A).

Por otro resulta de vital observancia para esta Sala de decisión que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través del defensor de menores con oficio 184 del 6 de marzo, sin precisar la calenda, solicitó al ISS que expidiera certificación respecto al pensionado², requiriendo, entre otras cosas,

*“...1o. Salario básico, comisiones, horas extras, recargos nocturnos y dominicales que devenga, el señor OLIGARIO VILLEGAS MUÑOZ, pensionado por el Seguro Social.
2o. Prestaciones sociales, subsidio familiar, primas y demás bonificaciones a que tenga derecho...”*

Obligación que fue formalizada por el ISS con oficio PE-SC-0223 del **18 de marzo de 1985**, informando a la defensora de menores del ICBF los salarios, prestaciones y emolumentos devengados por el pensionado Villegas. (Resaltado de la Sala) (Archivo 00523480000000001199137003701A).

² Archivo 00523480000000001199137002501A del expediente administrativo.



Al seguir auscultando el caudal probatorio, se encontró oficio DTF-TyC-SC-242-85 del 7 de mayo de 1985, en el que, la tesorera auxiliar del Instituto de Seguros Sociales, remite comunicación al jefe de prestaciones económicas del ISS – Seccional Risaralda en el que, dice allegar³;

“Fotocopia del Oficio 322 del Juzgado Primero Civil de Menores de Manizales, fechado el 23 de Abril de 1985 , (sic) para comunicar embargo del 50% de la Pensión de Vejez que se le reconoce al señor OLEGARIO VILLEGAS MUÑOZ, Afiliación 07-0011134 y cédula de ciudadanía número 1’199.137 de Manizales”

El pensionado fallecido diligenció formulario de “NOVEDADES DE INGRESOS INVALIDEZ - VEJEZ”⁴ en que relacionó a su cónyuge, Elizabeth Quiceno de Villegas y a sus tres hijos, Carlos Arturo, Lina Marcela y Sergio David y a pesar de no tener fecha de recepción o radicación, en la parte superior del documento obra como fecha febrero de 1991, situación que sería apenas lógica, dado que el nacimiento de su hijo menor Sergio David Villegas Gonzalez (q.e.p.d.) lo fue en septiembre de 1989, luego el registro debió realizarse con posterioridad a su natalicio.

Posteriormente, el 16 de enero de 1992, el tesorero del Instituto de Seguros Sociales solicitó al jefe de prestaciones económicas del ISS Seccional Pereira⁵ que,

“Los señores OLEGARIO VILLEGAS MUÑOZ , (sic) Afil 07-0011134 y JOSE OMAR MARTINEZ , Afil 07-0003551, son pensionados del ISS de Caldas con embargos alimentarios. Desde Septiembre de 1991, inclusive, los descuentos efectuados a ellos están llegando a la Tesorería del ISS de Pereira, debiendo ser dirigidos al a de Manizales donde se recibían anteriormente. Ello ocasiona perjuicios a las beneficiarias por la demora para llegar los títulos a los Juzgados en Manizales.

³ Archivo 00523480000000001199137004001A del expediente administrativo

⁴ Archivo 00523480000000001199137006301^a del expediente administrativo.

⁵ Archivo 00523480000000001199137007001A del expediente administrativo



Como esta situación ya es conocida en su Dependencia y hay reclamos frecuentes por tal anomalía, espero su pronta solución haciendo trasladar al listado de descuentos con destino al ISS de Caldas las deducciones efectuadas a los señores Villegas y Martínez (sic)

- *A los pensionados OLEGARIO VILLEGAS MUÑOZ, Afil 07-0011134 y JOSE ANCIZAR RAMIREZ GARCIA , Afil 07-0046113 no les descontaron en la Prima de Navidad los embargos por alimentos a pesar de estar relacionados en el Oficio DTF-TYC-237-91 enviado en Octubre/91 a GILBERTO CAICEDO”*

Después de efectuarse el trámite administrativo interno por parte del ISS, el Juzgado Quinto Promiscuo de Familia, emite el oficio No. 398 del 4 de mayo de 1992⁶, dirigido al Pagador del Instituto de Seguros Sociales, en el que,

“Me permito comunicarle que este Despacho por auto calendado en el presente año, avocó el conocimiento del proceso en referencia, cual se tramitaba ante el Juzgado TERCER PROMISCO DE FAMILIA DE MANIZALES-. ”

Por lo tanto, se seguirán efectuando las retenciones ordenadas en el proceso y se pondrán a disposición de esta oficina (JUZGADO QUINTO PROMISCO DE FAMILIA), a través de la cuenta de Depósitos Judiciales del Banco Popular de la ciudad...”

Señalándose como partes intervinientes en el litigio a la aquí demandante, señora Martha Gladys González Calvo contra Olegario Villegas muñoz (pensionado).

Ahora bien, la señora Quiceno De Villegas solicitó al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes y la entidad resolvió tal pedimento mediante Resolución No. 010591 del 30 de septiembre de 1998 en forma favorable (Archivo 00523481000000001199137003001A y 00523481000000001199137001901A).

⁶ Archivo 00523480000000001199137007401A del expediente administrativo



Para acompañar su solicitud, la cónyuge del pensionado arrió al ente de seguridad social, un escrito realizado bajo la gravedad de juramento y en el que informó *“SI ES CIERTO QUE SOY LA ESPOSA LEGÍTIMA DEL SEÑOR OLEGARIO VILLEGAS MUÑOZ YA FALLECIDO. SI ES CIERTO QUE HASTA LA HORA DE SU FALLECIMIENTO DE MI ESPOSO OLEGARIO VILLEGAS MUÑOZ, CONVIVÍ BAJO EL MISMO TECHO. SI ES CIERTO QUE DEPENDÍA ECONÓMICAMENTE DE MI ESPOSO”* declaración que fue rendida ante la Notaria 2ª de Manizales – Caldas⁷.

Al presentarse la señora Martha Gladys el 22 de julio de 1998 a reclamar la sustitución pensional a favor de sus hijos menores de edad, la entidad emite la Resolución No. 025890 del 1 de diciembre de 1999⁸, en la que, decide modificar el acto administrativo emitido con precedencia y ordena incluir como beneficiarios a Sergio David, Lina Marcela y Carlos Arturo, en calidad de hijos del causante.

Adicionalmente, se pudo localizar el registro civil de defunción de la señora Quiceno, en el que se puede verificar que el deceso ocurrió el 17 de mayo de 2009 corroborándose de esta manera lo dicho por la actora, frente al fallecimiento de la cónyuge de su aparente compañero permanente (Archivo 00523481000000001199137003001A).

Dimana de lo precedente, de un análisis en conjunto del material probatorio recaudado en primera instancia que la señora Martha Gladys González Calvo y el señor Olegario Villegas sostuvieron una relación sentimental, la cual aparentemente inició en el año de 1978 sin embargo, tal apreciación para esta Sala de Decisión se encuentra desdibujada totalmente, al verse inmerso el pensionado en un proceso

⁷ Archivo 00523481000000001199137000501A

⁸ Archivos 00523475000000001199137003701A;
00523475000000001199137003501A y
00523475000000001199137003601A



de familia por adeudar alimentos a sus menores hijos, desde el año 1985, aproximadamente, de acuerdo a los oficios librados no solo por el Juzgado de conocimiento, sino internamente por el extinto Instituto de Seguros Sociales, frente al acatamiento de la orden judicial y pago tardío de los descuentos realizados al *de cujus* a favor del despacho judicial.

La cautela decretada por el Juzgado de Familia de acuerdo al caudal probatorio, se debió mantener, desde el 85 hasta la fecha del deceso del señor Olegario Villegas (q.e.p.d.), ya que, para el año 1998, los hijos de este con la señora González Calvo, Carlos Arturo, Lina Marcela y Sergio David contaban tan solo con 18 años, recién cumplidos el hijo mayor, y 16 y 8 años respectivamente los dos hijos menores.

Ahora bien, estudiando y valorando la declaración de la demandante, la misma resultó ser vaga, al no indicarse en forma clara el sitio de su domicilio y asiento familiar, así como tampoco dio detalles de la convivencia como pareja, ni tampoco informó en forma alguna de la demanda judicial entablada por el no pago de las obligaciones dinerarias del padre de sus hijos, limitándose a indicar que vivió con este por interregno de veinte años, sin embargo, si ello fue así, para la Sala se genera duda, del ¿porque inició el proceso contra su compañero, para que se realizara el pago de cuotas alimentarias en el año 1985 (aproximadamente) ?, estimando esta Colegiatura que entre la pareja, bien existió un lazo inquebrantable que surgió y permaneció por los hijos que tenían en común, no existió una comunidad de vida, en la que, se propendiera por el amor, ayuda mutua, máxime que si se mantiene una comunidad de vida con una pareja, al mismo tiempo no se interpone un proceso judicial, ya que, el crecimiento y socorro familiar van de la mano con la convivencia, y en el sub examine, tenemos que desde el año 1985 hasta 1998, no hubo un levantamiento



de la cautela decretada del 50% respecto a la mesada pensional de su compañero, desligándose y generándose total prevención frente a una posible convivencia en este interregno de tiempo.

Por otro lado, nótese que el señor Olegario, tanto en el año 1981, cuando solicitó su pensión, como en los respectivos formularios de afiliación o actualización de datos de sus beneficiarios, señaló como su beneficiaria, en forma reiterada a su cónyuge hasta 1991, de donde se obtiene el registro de los documentos.

Por otro lado, la actora en forma superflua, señaló que convivía con el pensionado, sin embargo, no recordaba el año en que este había sido pensionado, información que es de conocimiento de un compañero de vida.

Por otro lado, resalta esta Sala de Decisión que Luz Marina Monroy, a pesar de ser vecina de la pareja, informó que, no sabía los apellidos del señor Olegario, que tampoco tenía conocimiento respecto a las causas de su deceso, que no entablaba con él una conversación en forma permanente, que estos nunca se separaron y considera que para la fecha del deceso vivían juntos, aunque su dicho no es certero sobre tal situación presentándose serios vacíos, sobre puntos prominentemente necesarios auscultar, dada la estrecha relación que tenía con la promotora de la Litis, por lo que, poca veracidad y credibilidad se le puede dar a su declaración.

En lo tocante a la declaración de Mónica Lucia, debe precisarse que a pesar de ser cuñada de la señora Martha Ligia, ella no visitaba con regularidad a la actora, tampoco da certeza ni indica en forma aproximada las fechas en que la pareja aparentemente convivió y desconoce los motivos que llevaron al deceso del señor Villegas,



situaciones que dado el grado de familiaridad, son precarias y no dan certeza sobre la existencia de una convivencia entre la pareja, por lo menos durante los dos últimos años de vida del pensionado.

Por lo tanto, poca credibilidad se le puede dar a las declaraciones recaudadas, al considerarse ambiguas, al decir que la pareja convivió por veinte años aproximadamente pero no suministrar información mínima sobre hechos que afectan una vida en familia, dado el grado de familiaridad, se itera y de amistad que las unía con la demandante.

Así las cosas, solo se puede establecer con meridiana claridad que la señora Martha, aparentemente convivió con el señor Olegario Villegas, pero no durante los últimos años de su vida.

En cuanto al socorro y ayuda mutua entre la pareja, tampoco se pudo colegir tal situación, dado que, no se acopió al cartulario, documento alguno que acredite que la señora Martha acompañó a su pareja durante los últimos años de su vida o convalecencia, si a ello hubo lugar.

Por otro lado, debe resaltar esta Colegiatura, que las fotografías allegadas, dan cuenta de una asistencia a eventos públicos, ceremonias, situaciones o acompañamientos que resultan apenas naturales, debido a los lazos que se mantienen con los descendientes, y familiares, a pesar de no tenerse un vínculo sentimental, pero que no dan fe y certeza que, exista una convivencia permanente en calidad de pareja con las intervinientes litigiosas.

Finalmente, y no menos importante, esta Sala de Decisión debe aclarar que, si bien la señora González Calvo presentó su reclamación pensional el 23 de noviembre de 2016 (fl. 35), es decir, dieciocho años



después de haber fallecido el pensionado, ello no es óbice para que no sea resuelto su pedimento, de acuerdo a las pruebas recaudadas, dado que, la H. Corte Suprema de Justicia⁹, ha sido enfática en señalar que, esto no afecta en forma alguna la existencia del derecho, que pueda existir en cabeza de un beneficiario, ya que al momento de resolver la litis, solo se afectará el derecho frente a las mesadas pensionales, de acuerdo al fenómeno prescriptivo que se pudo causar.

Así las cosas, no se encuentra desvirtuada la premisa de la no constatación de la convivencia durante los últimos dos años de vida del señor Olegario Villegas Muñoz (q.e.p.d.), como se plasmó precedentemente y como bien lo determinó el *A quo*, habrá de confirmarse la sentencia objeto de estudio.

COSTAS:

Se condenará en costas a la demandante, dadas las resultas del recurso de alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, 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 Dieciséis (16°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 1 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario

⁹ Sentencia CSJ SL226-2021



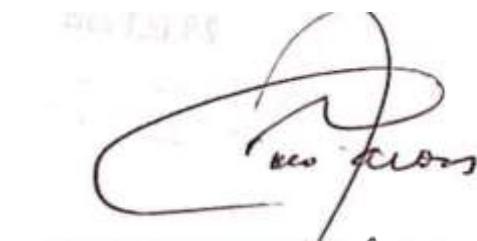
laboral adelantado por **MARTHA GLADYS GONZALEZ CALVO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

SEGUNDO. COSTAS. En esta instancia estarán a cargo de la demandante.

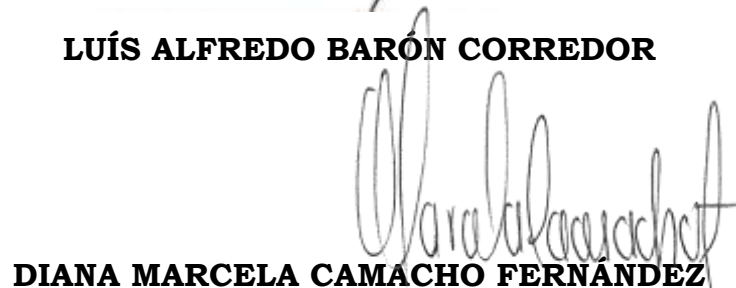
Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Martha Gladys González Calvo y a favor de Colpensiones en la suma de \$100.000 pesos moneda corriente.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is positioned above the name. The signature is fluid and stylized, with a large loop at the beginning.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-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-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **DIANA ISABEL BOHÓRQUEZ BELLO** contra la **SOCIEDAD FIDUAGRARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. FIDUAGRARIA S.A. EN CALIDAD DE VOCERA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL ISS LIQUIDADO 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 treinta (30) días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno (2021), 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.

Así las cosas, 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»



SENTENCIA

DEMANDA: La señora DIANA ISABEL BOHÓRQUEZ BELLO, solicita se declare que tiene derecho a que las cesantías le sean liquidadas y pagadas con régimen de retroactividad, por el tiempo de duración del vínculo laboral.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a las entidades a liquidar y pagar el reajuste de las cesantías, reliquidar los intereses a las cesantías de los años 2013 a 2015; condenar al pago de la sanción moratoria o la indexación de los derechos reconocidos; a pagar las costas procesales.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 99 a 102 de las diligencias, que en síntesis advierten, que el ISS fue creado mediante Decreto 2013 de 2012; que el proceso liquidatorio de la entidad finalizó el 31 de marzo de 2015 con el Decreto 0553 de la misma anualidad; que el ISS suscribió contrato de Fiducia con Fiduagraria; que la demandante laboró con el ISS mediante contrato de trabajo entre el 13 de octubre de 1996 y el 31 de marzo de 2015; que el cargo desempeñado fue el de técnico de servicios administrativos grado 18; que fue desvinculada del servicio el 31 de marzo de 2015; la demandante era beneficiaria de la convención colectiva suscrita con Sintraseguridad Social el 31 de octubre de 2001, la cual fue prorrogada a partir del 31 de octubre de 2004; que la demandante fue despedida sin justa causa y por ello le fue pagada la correspondiente indemnización; que en la convención se congelaron las cesantías entre el 2002 y el 2011, levantándose esta restricción a partir del 1 de enero de 2012; la entidad no tuvo en cuenta a la hora de liquidar las cesantías, que estas debían liquidarse con el régimen de retroactividad;



que los intereses a las cesantías fueron pagados en forma incompleta para los años 2013 y 2014; que el 13 de marzo de 2018 se radicó petición al PAR ISS y este fue resuelto en forma desfavorable;

CONTESTACIÓN: EL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN – PAR ISS EN LIQUIDACIÓN administrado por la SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. FIDUAGRARIA, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que la entidad reconoció y pagó las acreencias laborales conforme a la normativa legal. Como medios **exceptivos** propuso los de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago retroactivo de cesantías e intereses moratorios, enriquecimiento sin causa (fl. 121 medio magnetofónico).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Dieciséis (16°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 7 de octubre de 2021, resolvió; **declarar** la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y el Instituto de Seguros Sociales, entre el 30 de octubre de 1996 y el 31 de marzo de 2015; **condenó** a la Sociedad Fiduagraria de Desarrollo Agropecuario – Fiduagraria en calidad de vocera del Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS a pagar la reliquidación de las cesantías e intereses a las cesantías; **condenó** a Fiduagraria a pagar las sumas debidamente indexadas; **absolvió** a la demandada de las demás pretensiones incoadas; **declaró** parcialmente probada las excepciones propuestas; **condenó** en costas a la demandada.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;



“...De acuerdo la anterior se tiene que resultar en favor de la demandante un total de \$20'146.449.78 por concepto de cesantías tanto retroactivas como anuales durante la vigencia de la relación laboral, ahora bien, de acuerdo a lo manifestado en el hecho número 16 de la demanda instituto Seguro Sociales en liquidación descontó la suma de \$16'446.684 por concepto de anticipos pagados con la autorización previa y expresa de la demandante, lo cual se encuentra acreditado en la liquidación efectuada por el Instituto los seguros sociales, por lo tanto del valor de la cesantías que obtuvo el juzgado Qué es de \$20'146449.78 se resta los anticipos pagados a la actora es decir \$16'446.684 quedando un resultado a favor de la demandante de \$3'699.765.78 a reconocer por concepto de cesantías que ciertamente encuentra el juzgado faltantes en la forma en que se liquidó por el Instituto los seguros sociales en liquidación....”.

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de la **demandante**, inca su inconformidad frente a la sentencia emitida por el juzgado de conocimiento, en lo tocante a la liquidación de las cesantías, al estimar que, los trabajadores vinculados con anterioridad a diciembre de 1996 tienen derecho al reconocimiento de las cesantías en forma retroactiva; respecto a la sanción moratoria, manifiesta su oposición a la absolución impartida por este concepto, ya que la actora era trabajadora oficial de la entidad y el Seguro Social liquidó las cesantías, por lo que, el liquidador si estaba con la facultad de conocer las condiciones del contrato y reconocer los derechos prestacionales; subsidiariamente solicita se revise la liquidación de las cesantías efectuada por el juzgado de conocimiento, de acuerdo a los salarios devengados por la parte actora.

La apoderada de la **demandada**, manifestó su inconformidad frente a la liquidación efectuada por el juzgado de conocimiento, en su sentir, las cesantías del año 1996 y 1997 se liquidaban con posterioridad al 31 de diciembre del año correspondiente.

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



CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y las inconformidades planteadas por la parte demandante en la alzada, 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 a la demandante le asiste derecho a la liquidación de las cesantías en forma retroactiva o no, de ser afirmativa esta premisa, se deberá efectuar la correspondiente liquidación y verificar si existe un saldo a favor de la demandante o no; por otro lado, se deberá analizar si es procedente ordenar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria reclamada por la parte actora, de conformidad con lo establecido en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita por el Instituto de los Seguros Sociales y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social 2001-2004.

RECLAMACION ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el art. 4º de la ley 712 de 2001, conforme se desprende del derecho de petición elevado por la demandante el 13 de marzo de 2018 (Fl. 22).

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Para desatar la instancia, la Sala de Decisión atenderá las normas y jurisprudencias que a continuación se relacionan:



- Decreto 2148 de 1992²
- Decreto 2013 del 28 de Septiembre de 2012 ³
- Diario Oficial No. 49.470 del 31 de marzo de 2015⁴
- Decreto 2127 de 1945 ⁵
- Decreto 1045 de 1978 ⁶
- Convención Colectiva suscrita entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social 2001- 2004⁷.

RELACIÓN DE TRABAJO

No es materia de controversia en esta segunda instancia, la existencia del vínculo laboral que existió entre el demandante y el otrora Instituto de los Seguros Sociales, pues la misma emana de la documental vista a folios 26 de las diligencias, en los que reposa la Resolución 8365 del 4 de marzo de 2015 expedida por el Instituto de los Seguros Sociales y por medio de la cual se ordena el pago definitivo del auxilio de cesantía, indemnización y demás prestaciones sociales a la aquí demandante, de igual manera, no es motivo de controversia el extremo final de la relación laboral y la causa que diera motivo a ello, pues este acaeció por la terminación del proceso liquidatorio de la extinta Entidad el 31 de marzo de 2015; sin embargo, en lo que refiere a la liquidación definitiva de prestaciones sociales emerge la controversia, pues al decir de la parte convocante a juicio, al momento de efectuarse la liquidación de las cesantías, no se tuvo en cuenta que estas debían liquidarse en

² Establece que la entidad demandada detentaba la naturaleza jurídica de Empresa Industrial y Comercial del Estado del Orden Nacional, por lo que las personas que prestaron servicios a su favor tienen la calidad de trabajadores oficiales (Decreto 3135 de 1968 artículo 5°).

³ Se suprimió el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS y se ordenó su liquidación.

⁴ Por medio de la cual se publicó acta final del proceso liquidatorio del Instituto de Seguros Sociales.

⁵ reglamentario de la Ley 6ª de la misma anualidad: define en sus artículos 1º, 2º y 3º el contrato de trabajo, estructura los elementos del mismo y dispone en su **artículo 20** que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha y, que corresponde al empleador la carga probatoria de desvirtuar la presunción legal en mención.

⁶ Por medio del cual se fijaron las reglas para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional

⁷ Convención Colectiva vigencia 2001-2004



forma retroactiva; en tanto que, la demandada arguye la satisfacción integral de las acreencias del ex trabajador.

AUXILIO RETROACTIVO DE CESANTIA

Para abordar el tema, primeramente ha de indicarse que a partir de la creación del Fondo Nacional del Ahorro, esto es, con la entrada en vigencia del Decreto 3118 de 1968, se implementó la figura de la liquidación anualizada de las cesantías para el caso de los trabajadores oficiales y empleados públicos, situación que fuese igualmente regulada bajo los lineamientos del artículo 13 de la Ley 446 de 1996, oportunidad en la que se implementó para todos aquellos servidores públicos que se vincularan a las diferentes entidades estatales, dicha figura liquidatoria de las cesantías, normativa que fuera acogida y desarrollada finalmente por los Decretos 1252 de 2000 y 1919 de 2002.

Ahora bien, para todos los efectos, los servidores públicos del orden nacional, con inclusión evidentemente de aquellos que prestaban sus servicios para el extinto Instituto de los Seguros Sociales, se encontraban sujetos al sistema de liquidación anualizado de cesantías, sin embargo, el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social y el Instituto de los Seguros Sociales en pleno uso de su facultad negociadora venía aplicando el antiguo régimen retroactivo de cesantías, situación que perduro hasta el año 2001, momento para el cual, de forma consensual, se dispuso la congelación temporal de dicho mecanismo liquidatorio para así abrirle paso a la figura de la liquidación anualizada, hecho que encuentra soporte en el artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo con vigencia 2001-2004, en la que se analizaron otras prerrogativas a cambio de la suspensión temporal de la mentada liquidación retroactiva.

Así, el artículo 62 de la citada Convención dispuso que:



«A partir del primero de enero del año 2002 se congela la retroactividad de las cesantías por diez (10) años. El Instituto procederá a liquidar a 31 de diciembre de 2001, en forma retroactiva, las cesantías de la totalidad de los trabajadores, y liquidará sobre dicho monto intereses en cuantía del doce por ciento (12%) anual correspondientes al año 2001, los cuales serán cancelados durante el mes de enero del año 2002.

A 31 de diciembre del año 2002, y por los años subsiguientes, las cesantías se liquidarán anualmente y por las mismas se reconocerán intereses a la tasa del doce por ciento (12%) anual por el respectivo año objeto de liquidación, los cuales serán cancelados durante el mes de enero del año siguiente.

Sobre el monto de las cesantías liquidadas a 31 de diciembre del año 2001, el Instituto reconocerá a partir del primero de enero del año 2002, intereses equivalentes al 15% anual. En el caso de los trabajadores que no gocen de prima técnica, esta tasa de interés se incrementará en un punto. Los intereses aquí señalados se pagarán en el mes de enero del año siguiente, esto es, enero de 2003. En los años subsiguientes, el saldo de dichas cesantías acrecentado con las cesantías anuales liquidadas por el año inmediatamente anterior, y disminuido en el monto de las cesantías parciales pagadas durante la vigencia, causarán intereses a las mismas tasas y para los mismos grupos de trabajadores, antes señalados.

A partir del año 2002 y para efectos del pago de cesantías parciales, se destinará una partida con recursos anuales equivalentes, como mínimo, al 18% del valor de la deuda por concepto de cesantías liquidadas a 31 de diciembre de 2001. La distribución y asignación de estos recursos se realizará conjuntamente por la empresa y el sindicato»(Subrayado fuera de texto)

Dicho lo que precede, se tiene que gracias a las convenciones colectivas celebradas por el ISS y los diferentes sindicatos de dicha entidad, los servidores públicos vinculados laboralmente gozaron del régimen de retroactividad hasta el año 2001, empero con la negociación de la Convención Colectiva 2001-2004, se congeló dicho beneficio, no extinguiéndolo, sino por el contrario dejándolo en suspenso temporalmente por el término de 10 años, los cuales una vez vencidos retornaría a los trabajadores los beneficios convencionales objeto de congelación.

Así las cosas, se traerá a colación lo dispuesto en el artículo 62 del acuerdo convencional, obrante a folio 52 del expediente digital,



“...A partir del primero de enero del año 2002 se congela la retroactividad de las cesantías por diez (10) años.

El Instituto procederá a liquidar a 31 de diciembre de 2001, en forma retroactiva, las cesantías de la totalidad de los trabajadores, y liquidará sobre dicho monto intereses en cuantía del doce (12%) anual correspondientes al año 2001, los cuales serán cancelados durante el mes de enero del año 2002.

A 31 de diciembre del año 2002, y por los años subsiguientes, las cesantías se liquidarán anualmente y por las mismas se reconocerán intereses a la tasa del doce por ciento (12%) anual por el respectivo año objeto de liquidación, los cuales serán cancelados durante el mes de enero del año siguiente.

Sobre el monto de las cesantías liquidadas a 31 de diciembre del año 2001, el Instituto reconocerá a partir del primero de enero del año 2002, intereses equivalentes al 15% anual. En el caso de los trabajadores que no gocen de prima técnica, esta tasa de interés se incrementará en un punto”

En sentencia SL981 del 2019, precisó que el aludido artículo convencional hace alusión a la liquidación de las cesantías pero no al pago de estos emolumentos.

Por otro lado, en lo tocante al acuerdo convencional la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3823 de 2020, estableció que los acuerdos a los que había llegado el sindicato de trabajadores con la empresa convocada a juicio, habían sido suscritos en forma libre y ponderando la situación económica por las que atravesaba la entidad, pero advirtiendo que tales estipulaciones no podían ni debían soslayar los derechos de los trabajadores.

Ahora bien, conforme a la normativa aplicable para los trabajadores oficiales del orden nacional, como en el sub examine, se tiene que, la Ley 344 de 1996 y Decreto 1252 de 2000, regló a los servidores públicos un régimen retroactivo y se les otorgó la posibilidad de acogerse al régimen de liquidación anualizada o permanecer en el régimen de retroactividad.



Luego entonces, al dirimir la disyuntiva en lo tocante al congelamiento de liquidación de cesantías, la sentencia SL1901 del 2021, concluyó que tal acuerdo convencional, no era viable aplicarse para los trabajadores que permanecieron en el régimen retroactivo de cesantías, al desconocer los derechos irrenunciables y mínimos de los dadores de laborío y por ello, se inaplicó el eludido artículo convencional, criterio que recientemente ha sido reiterado en la sentencia SL2862 del 23 de junio de 2021, por nuestra H. Corte Suprema de Justicia.

LIQUIDACIÓN DE CESANTÍAS.

De acuerdo a las anteriores argumentaciones, en efecto erró el juzgado de conocimiento a la hora de efectuar la liquidación de las cesantías en forma anualizada, cuando lo procedente, era en forma retroactiva, así las cosas, procede esta Sala de Decisión a efectuar las operaciones correspondientes a este concepto, a favor de la demandante, de acuerdo al régimen retroactivo y teniendo en cuenta para ello, los factores salariales contemplados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y Decreto 1919 de 2002, de la siguiente manera,

Factor salarial	Valor
Asignación Básica	\$ 1.806.211,00
Incremento por servicios prestados	\$ 180.621,00
Auxilio de alimentación	\$ 36.366,00
Prima navidad	\$ 150.517,58
Prima de servicios	\$ 363.508,00
Salario base cesantías	\$ 2.537.223,58

Así las cosas, las cesantías causadas a favor de la demandante desde el 29 de abril de 1997 al 30 de marzo de 2014, equivalen a,

Fecha Inicio	Fecha Final	Total Días Retroactivos	Salario base	Salario diario retroactivo	Total cesantías
--------------	-------------	-------------------------	--------------	----------------------------	-----------------



29/04/1997	30/03/2015	6451	\$2.537.223, ⁵⁸	\$ 7.047,84	\$ 45.465.637,04
------------	------------	------	----------------------------	-------------	-------------------------

De la suma antes relacionada debe descontarse a la demandante, los pagos reconocidos en la liquidación final y los cuales correspondieron a la suma de \$16.446.684 (de acuerdo al monto fijado por el juzgado de conocimiento), arrojando como suma total a pagar a favor de la demandante de, **\$29.018.953,⁰⁴**.

Así las cosas, se modificará la sentencia de primera instancia respecto al monto a reconocer por concepto de cesantías a favor de la trabajadora.

SANCIÓN MORATORIA

Reclama el apoderado de la parte actora la condena por concepto de indemnización moratoria, al estimar que, al ser la demandante una trabajadora oficial, debiendo liquidarse en forma retroactiva las cesantías, inobservando los deberes que tenía como liquidador.

En el presente caso, considera la Sala de Decisión que nunca fue discutido o debatido por la convocada a juicio la calidad de trabajadora oficial que tenía la señora Bohórquez Bello, por el contrario, el vínculo contractual fue aceptado por la entidad, sin embargo, no se puede inadvertir por la parte actora que la entidad reconoció y ordenó pagar las cesantías de acuerdo al entendimiento dado a la Convención Colectiva y el cual fue rectificado recientemente por la Corte Suprema de Justicia (sentencia SL 2862 de 2021), no avizorándose de esta manera ningún acto de mala fe, como bien lo señaló el A quo, así las cosas, en este punto, no saldrá airoso el recurso impetrado.

Consecuencia de lo anterior, se ordenará a la demandada a indexar la



reliquidación del auxilio de cesantía, desde la fecha de vencimiento del plazo que se tenía para pagar hasta cuando se haga efectivo dicho pago.

COSTAS.

En esta instancia se imponen costas a cargo de Fiduagrafia S.A., en calidad de vocera del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales dado el resultado de la alzada y a favor de la demandante.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de esta ciudad, en audiencia pública celebrada el día 7 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **DIANA ISABEL BOHÓRQUEZ BELLO** contra la **SOCIEDAD FIDUAGRARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. FIDUAGRARIA S.A. EN CALIDAD DE VOCERA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL ISS LIQUIDADO**, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y en su lugar **CONDENAR** a la **SOCIEDAD FIDUAGRARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. FIDUAGRARIA S.A. EN CALIDAD DE VOCERA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL ISS LIQUIDADO**, a reconocer y pagar la suma de **\$29.018.953,04**, por concepto de reliquidación de cesantías.



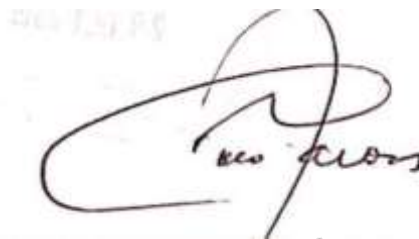
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada, pero por las razones expuestas en el presente proveído.

TERCERO. COSTAS. En esta instancia se imponen costas a cargo de la parte demandada dado el resultado de la alzada.

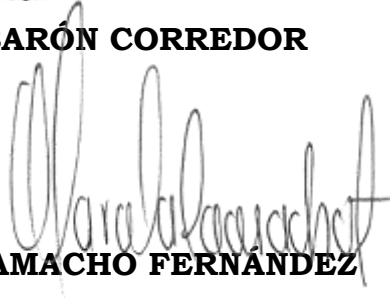
Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Sociedad Fiduagraría de Desarrollo Agropecuario S.A. Fiduagraría S.A. en Calidad de Vocera del Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS Liquidado y a favor de la demandante, Diana Isabel Bohórquez Bello en la suma de UN MILLÓN DE PESOS M/CTE (\$1.000.000).

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is positioned above the name. The signature is fluid and stylized, with a large loop at the beginning.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-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-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **FRANCISCO JAVIER FRANCO ARANGO** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

1. 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»



SENTENCIA

DEMANDA: El señor **FRANCISCO FRANCO ARANGO** por intermedio de apoderado judicial, persigue se declare probado que tiene derecho a que Colpensiones incluya en su historia laboral 140 semanas cotizadas con el Consorcio Prosperar del 1° de enero de 1999 al 1° de diciembre de 2001, 284 semanas cotizadas con los empleadores EDWAR DAVID CAMACHO y FRIOCAM LTDA del 31 de julio de 2006 al 31 de julio de 2012 y 72 semanas cotizadas como independiente del 1° de agosto del 2012 al 31 de enero del 2014; como consecuencia, se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la luz del Acuerdo 049 de 1990, desde el 17 de junio de 2012, o desde la fecha que resulte probada, junto con la indexación, los daños y perjuicios causados por la eventual prescripción de las mesadas pensionales y los honorarios de abogado pagados en sede gubernativa, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (fls. 10 y 11 archivo 01 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 a 6 archivo 01 del diligenciamiento, que en síntesis advierten que nació el 17 de junio de 1952; se afilió al otrora ISS el 11 de marzo de 1974; al 1° de abril de 1994 contaba con 42 años de edad y a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005 acreditaba 794,71 semanas de cotización. Que mediante Resolución GNR 366105 del 13 de octubre de 2014, Colpensiones le negó el reconocimiento de la pensión de vejez, aduciendo que no contaba con las semanas para el efecto, y desconociendo que en su historia laboral no se encontraban cargadas 140 semanas cotizadas



con el Consorcio Prosperar del 1° de enero de 1999 al 1° de diciembre de 2001, al igual que 284 semanas por los tiempos de servicios prestados con los empleadores EDWAR DAVID CAMACHO y FRIOCAM LTDA, por el período comprendido entre 31 de julio de 2006 y 31 de julio de 2012, ni 72 semanas canceladas en condición de independiente entre el 1° de agosto de 2012 y el 31 de enero de 2014, para un total de 496, las cuales sumadas a las ya reconocida por la encartada, equivalen a 1.290,71 semanas. Agrega que, los empleadores EDWAR DAVID CAMACHO y FRIOCAM LTDA solicitaron a Colpensiones la liquidación del valor del cálculo actuarial por cotización para los periodos del 1° de julio del 2006 al 31 de mayo del 2009 y del 1° de junio del año 2009 al 31 de julio del año 2012, para lo cual aportaron las declaraciones juradas ante notario en las que reconocían la relación laboral, períodos que no fueron cargados por la demandada, pese a expedir los recibos de pago por concepto de cálculo actuarial. Que dando cumplimiento a una acción de tutela, Colpensiones expidió la Resolución GNR 86404 del 22 de marzo de 2016, en la cual denegó nuevamente el reconocimiento de la pensión de vejez, argumentando que no había cumplido 1000 semanas antes del 31 de junio de 2014, no obstante, la entidad en esta nueva oportunidad, omitió cargar las 496 semanas dentro de su historia laboral, en los periodos anotados. Concluye indicando que contra la anterior determinación formuló recurso de reposición y en subsidio apelación, sin embargo, a la fecha no han sido desatados por la encartada.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, por considerar que en lo que respecta al periodo de cotización comprendido entre el 1° de enero de 1999 al 1° de



diciembre de 2001, si bien el actor era beneficiario del subsidio para el aporte de pensión con el Consorcio Prosperar hoy Colombia Mayor, lo cierto es que no cumplió con los requisitos exigidos para mantener tal prerrogativa, pues como se evidencia en la historia laboral, se sustrajo de la obligación de efectuar los aportes por más de 2 años, motivo por el cual al parecer le fue retirado por Colombia Mayor, omisión que no puede imputarse a Colpensiones, dado que ello era una obligación que radicaba en cabeza del actor. Agrega que sobre los periodos de cotización comprendidos entre el 31 de julio de 2006 al 31 de julio de 2012, se evidencia que los empleadores Edwar David Camacho y Friocam LTDA no efectuaron la correspondiente afiliación al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por lo que no existe obligación alguna por parte de Colpensiones de responder por las cotizaciones no canceladas, menos aun cuando no representan una deuda que debía cobrar. Afirma que pese a expedir el correspondiente cálculo actuarial y los respectivos comprobantes ante los empleadores en referencia, estos se sustrajeron de efectuar el pago de los periodos debatidos. En lo que respecta a los aportes efectuados por el accionante por los periodos del 2 de agosto de 2012 al 20 de diciembre de 2013, señala que estos no pueden ser tenidos en cuenta, toda vez que para aquella data aparentemente el demandante ya no hacía parte del régimen subsidiado a pensión y continuó realizando aportes bajo esta modalidad. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos previos los titulados no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios, artículo 100 C.G.P., numeral 9; ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones. Como medios exceptivos de mérito propuso los que denominó inexistencia del derecho y de la obligación; prescripción; innominada o genérica (fls. 65 a 80 archivo 01 del expediente digital).



A su turno, los vinculados en calidad de *litis consorcios* necesarios **FRIOCAM LTDA** y **EDWAR DAVID CAMACHO** por intermedio de apoderado especial, no formularon oposición a las pretensiones formuladas en el *libelo demandatorio*, al aceptar que la parte actora efectivamente laboró durante el periodo del 1° de julio del 2006 al 31 de mayo del 2009 para el empleador FRIOCAM LTDA, y del 1° de junio del 2009 al 31 de julio del 2012 para la persona natural EDWAR DAVID CAMACHO. Señalaron que la falta de pago de los aportes a pensión a favor del trabajador, se debió a las pérdidas económicas que padecieron, situación que también ha impedido realizar el pago del cálculo actuarial que fue expedido por Colpensiones. **Excepciones:** no propusieron medio exceptivo alguno (fls. 102 a 103 archivo 01 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Primero (1°) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 20 de septiembre de 2021, resolvió **declarar** que entre el demandante y el señor EDWAR DAVID CAMACHO existió un contrato de trabajo vigente entre el 1° de julio del 2006 al 31 de mayo de 2009, cuyo salario ascendió a la suma de 1 SMLMV; **declarar** que entre el demandante y la sociedad FRIOCAM LTDA representada por el señor EDWAR DAVID CAMACHO existió un contrato de trabajo desde el 1° de junio del 2009 al 31 de julio del 2012, teniendo como salario el equivalente al mínimo; **ordenar** a COLPENSIONES, entidad a la cual se encuentra afiliado el actor, a actualizar el cálculo actuarial que efectuó el día 17 de julio de 2015 a cargo del señor EDWAR DAVID CAMACHO por concepto de aportes



correspondientes al tiempo que no estuvo afiliado a pensiones entre el 1° de julio del 2006 al 31 de mayo de 2009, así como aquel cálculo que realizó a nombre de sociedad FRIOCAM LTDA., por el tiempo comprendido desde el 1° de junio de 2009 al 31 de julio del 2012; **condenar** a EDWAR DAVID CAMACHO que en el término de 5 días siguientes a la expedición del comprobante de pago y una vez ejecutoriada la sentencia, proceda a pagar el valor del cálculo actuarial debidamente actualizado, por el periodo comprendido entre el 1° de julio de 2006 al 31 de mayo de 2009 con destino a la entidad de seguridad social en pensiones a nombre del aquí demandante; **condenar** a FRIOCAM LTDA que en el término de 5 días siguientes a la expedición del comprobante de pago y una vez ejecutoriada la sentencia, proceda a pagar el valor del cálculo actuarial debidamente actualizado a COLPENSIONES, por el periodo comprendido entre el 1° de junio de 2009 al 31 de julio de 2012; **condenar** a COLPENSIONES una vez reciba el valor del cálculo actuarial por parte de los mencionados empleadores, a reconocer y pagar la pensión de vejez contemplada en el Acuerdo 049 de 1990 al señor demandante, a partir de la fecha en que los empleadores efectúen el pago del respectivo cálculo actuarial en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente; **condenar** a COLPENSIONES a pagar el retroactivo pensional que se genere desde la fecha en que los empleadores efectúen el pago del respectivo cálculo actuarial, que deberá ser debidamente indexado y sobre el cual se autoriza a COLPENSIONES a efectuar los descuentos al sistema de seguridad social en salud; **absolver** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por la pasiva; **costas** a cargo de las demandadas COLPENSIONES, FRIOCAM LTDA y



el señor EDWAR DAVID CAMACHO(Archivo de Audio 09 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, el actor es beneficiario del régimen de transición hasta el año 2014, en tanto al 1° de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad y con 796 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, por lo que su situación pensional debe estudiarse a la luz del Acuerdo 049 de 1990. Sostiene que, no es procedente considerar los periodos de cotización reclamados desde enero de 1999 hasta diciembre de 2001, en tanto que la responsabilidad en su pago como afiliado del régimen subsidiado, asimilable a trabajador independiente, radicaba en cabeza del actor, quien no acreditó la cancelación de sus aportes por dicho lapso. Considera que, es dable computar 312,85 semanas por el periodo comprendido entre el 1° de julio de 2006 al 31 de mayo de 2009 al encontrarse acreditada la relación laboral con el señor Edward David Camacho, al igual que por el lapso que va desde el 1° de junio de 2009 al 31 de julio de 2012, en el que se acredita relación laboral con Friocam LTDA, puesto que conforme a lo dispuesto por los artículos 13 y 17 de la Ley 100 de 1993, es deber del empleador afiliar al trabajador al Sistema General de Pensiones y efectuar las cotizaciones durante la vigencia de la relación laboral, obligación que al ser desconocida debe ser asumida por los patronos a través del pago del cálculo actuarial. Sobre los aportes reclamados entre el 1° de agosto de 2012 y el 31 de enero de 2014, refirió que ya se encuentran acreditados en la historia laboral, por manera que es procedente el reconocimiento pensional, dado que el actor logra demostrar 1.185 semanas de cotización y 60 años de edad desde el 17 de junio de 2012. Concluye indicando que el disfrute de la prestación lo será desde la calenda en que los patronos vinculados efectúen el pago del cálculo actuarial en cuantía de 1 SMLMV por 13 mesadas al año.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte DEMANDANTE interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo en síntesis como reparos que, no está llamada a soportar la omisión en la que



incurrieron los empleadores y por tanto, no comparte la decisión que el pago de su pensión quede sujeto al reconocimiento efectivo del cálculo actuarial, porque Colpensiones cuneta con los mecanismos y procedimientos para hacer efectivo el cobro. Añade que en el caso objeto de estudio quedó claramente demostrado que cumplió 60 años el 17 de junio de 2012, data para la que igualmente contaba con 1000 semanas, de suerte que el derecho pensional reconocido, debe comenzar a disfrutarse desde la calenda anotada, más aun cuando se acreditó con contundencia la relación laboral que sostuvo con los sujetos vinculadas al proceso y las liquidaciones que efectuó Colpensiones, para el recaudo de sus aportes. Refiere que la condena en costas impuesta a las demandadas no se encuentra dentro de los parámetros porcentuales definidos por el Acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura, pues la misma debe atender el valor del retroactivo pensional que se le adeuda, el cual asciende aproximadamente a \$94.277.664, en tanto se le deben mesadas por casi 8 años.

A su turno, **la parte vinculada FRIOCAM LTDA y EDWAR CAMACHO interpusieron recurso de apelación**, aduciendo en síntesis que las costas procesales constituyen una carga excesiva en su contra, por cuanto procederán a efectuar el pago del cálculo actuarial una vez reciban la actualización de dicho valor por parte de Colpensiones, razón por la cual las costas deben ser asumidas únicamente por la entidad en mención, al estar llamados a responder por el valor del cálculo.

Por su parte, **la parte demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación**, al considerar que la entidad actuó de buena



fe, y no intervino durante el desarrollo de la relación laboral entre el demandante y los vinculados, a más que no es la responsable de la omisión en la afiliación al Sistema, dado que esta compete únicamente a los empleadores del actor. Agrega que, con base a lo consagrado en el artículo 48 numeral 5 de la Constitución Política, el artículo 365 numeral 5 del CGP, y en el entendido que no prosperaron la totalidad de las pretensiones en este asunto, la condena en costas impuesta en su contra debe ser revocada.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Este extremo procesal refiere que el fallo de primera grado dejó en suspenso el pago de la pensión de vejez a su favor hasta tanto los empleadores pagaran la deuda obligacional de la cotización a COLPENSIONES, desconociendo que la parte más débil de la relación laboral no puede quedar sujeta a este tipo de decisiones judiciales por cuanto, de un lado, COLPENSIONES tiene facultades jurisdiccionales, para adelantar el cobro coactivo tanto de las liquidaciones entregadas a los empleadores, como del mismo fallo judicial donde igualmente son condenados tales empleadores a pagar el pasivo de cotización; así mismo, porque dicha decisión judicial, de contera, violenta abiertamente la jurisprudencia constitucional, en específico la sentencia SU-226 de 2019. Concluye afirmando que el fallo impuso una condena en costas contra la parte vencida, por valor de 1SMMLV, la cual no se acompasa con los



parámetros legales establecidos para quien pierde el proceso, establecidos en el Acuerdo No. PSAA16-10554 Agosto 5 de 2016.

Parte demandada: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** solicita la revocatoria de las costas procesales impuestas en primera instancia, argumentando que ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal, amén que no tuvo ningún tipo de responsabilidad por el incumplimiento del pago de los aportes por parte del empleador FRIOCAM LTDA, lo cual se fundamenta en el artículo 48 inciso 5 de la Constitución Política y el artículo 365 numeral 5 del C.G.P, en el entendido que las pretensiones en contra de Colpensiones no prosperaron, ya que la entidad ya había elaborado el cálculo actuarial necesario en este asunto.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme emana de la Resolución GNR 86404 del 22 de marzo de 2016 obrante en el expediente administrativo, en la cual se



refiere que el demandante elevó solicitud de corrección de historia laboral y reconocimiento pensional el 14 de febrero de 2015.

PROBLEMA JURÍDICO

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 en los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, si le asiste derecho al demandante que Colpensiones incluya los periodos sobre los cuales existió omisión en la afiliación de los empleadores EDWAR DAVID CAMACHO y FRIOCAM LTDA., comprendidos entre el 1° de julio del 2006 al 31 de mayo de 2009, y entre el 1° de junio del 2009 al 31 de julio del 2012.

Una vez verificado lo precedente, determinar si le asiste derecho al accionante al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en aplicación del régimen de transición y a la luz del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 17 de junio de 2012.

Finalmente, determinar si las demandadas deben ser condenadas en costas, como así los dispuso el *a quo*, y si el monto de las agencias en derecho debe ser modificado en favor del demandante.



DE LOS CICLOS A PAGAR MEDIANTE CÁLCULO ACTUARIAL

En virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la entidad demandada, ha de determinar la Sala si Colpensiones se encuentra compelida a contabilizar los períodos de prestación de servicios del actor a favor de los empleadores EDWAR DAVID CAMACHO y FRIOCAM LTDA., comprendidos entre el 1° de julio del 2006 al 31 de mayo de 2009, y entre el 1° de junio del 2009 al 31 de julio del 2012, respecto de los cuales no medió su afiliación al Sistema General en Pensiones.

Sobre el particular, ha de referir el Colegiado que en el presente caso no existe discusión sobre la existencia de una relación de trabajo entre el actor y el señor EDWAR DAVID CAMACHO desde el 1° de julio de 2006 y el 31 de mayo de 2009, como tampoco sobre la obligación del patrono sobre el pago del cálculo actuarial actualizado, con destino a Colpensiones, por omitir la afiliación del señor Franco Arango al Sistema General de Pensiones, pese a estar obligado a ello en virtud de la relación laboral, pues así lo definió la sentenciadora de primera grado y las partes no ejercieron ningún reparo a través del recurso de apelación.

En igual sentido, tampoco media controversia en relación con la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la sociedad FRIOCAM LTDA., entre el 1° de junio del 2009 al 31 de julio del 2012, así como la obligación de esta de reconocer el cálculo actuarial por el lapso en referencia, concretamente ante Colpensiones, por omitir la respectiva afiliación al trabajador, pues ello igualmente fue definido por el *a quo*, y sobre ello no existe ningún reparo en el recurso de apelación.



Por tanto, al encontrarse claramente definidas las obligaciones que les asiste a los patronos EDWAR DAVID CAMACHO y FRIOCAM LTDA. para con el Sistema General de Pensiones, administrado en este caso por Colpensiones, surge la consecuencia legal que la mentada entidad considere los tiempos de servicios anotados, que en palabras del Juzgado de Conocimiento, se encuentran representados en 312,85 semanas, debiendo para el efecto, actualizar el cálculo actuarial que ya había expedido previamente a cargo de tales empleadores el 17 de mayo de 2015, según dan cuenta los legajos obrantes a folios 44 a 51 archivo 01 del expediente digital, todo ello en atención a lo previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, al disponer en su parágrafo 1º que:

«PARÁGRAFO 1o. *Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:*

(...)

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

(...)

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional». (Subraya fuera de texto)

De suerte que, la determinación del *a quo* sobre este puntual aspecto está llamada a ser confirmada por el Tribunal.

PENSIÓN DE VEJEZ – RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

Desde la expedición del Decreto 3041 de 1966, Acuerdo 224 de 1966, Acuerdo 029 de 1983 y Acuerdo 049 de 1990, posteriormente con la Ley



100 de 1993, en el sector privado para adquirir el derecho al riesgo de vejez, es necesario que se consoliden los siguientes requisitos; la edad, la afiliación, las semanas de cotización y, consecuente, el ingreso base de liquidación y la tasa de reemplazo.

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

Así entonces, en principio, el reclamante resulta beneficiario del régimen de transición mencionado, al evidenciarse que al 1° de abril de 1994, contaba con 42 años de edad, como quiera que nació el 17 de junio de 1952, conforme a la copia de la cédula de ciudadanía visible a folio 14 archivo 01 del expediente digital.

Sin embargo, mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política relativo al derecho a la seguridad social, y en el párrafo 4° de dicha disposición se impuso un límite



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

Por tanto, pasa la Sala a determinar si de las pruebas allegadas se puede advertir que el demandante cumple con las previsiones de este Acto Legislativo, indicando de manera preliminar que al consumir la edad de 60 años hasta el 17 de junio de 2012 (folio 14 archivo 01 del expediente digital), diáfano es concluir que aquel lineamiento de acceder al derecho pensional antes del año 2010 se advierte imposible de cumplir.

En lo que concierne a la densidad de semanas para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, se encuentra superadas las 750 semanas al denotarse, solo en cotizaciones, un total de 796 semanas al 31 de enero de 1995, de acuerdo a lo que refiere la historia laboral obrante en el archivo 05 del expediente digital.

Razón por la cual es dable dirigir el estudio de su derecho pensional en los términos regulados en el régimen anterior al que se encontraba afiliado y, que fue reclamado en la demanda, este es Acuerdo 049 de 1990, que reguló para la adquisición del derecho pensional en su artículo 12, contar con *«a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y, b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo»*.



En tal contexto, analizado el diligenciamiento, emanan cumplidos los presupuestos para establecer que Francisco Javier Franco es beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en la medida que cuenta con aportes anteriores a la entrada en vigencia de la norma *ejusdem*, y los presupuestos pensionales antes de extinguido dicho beneficio, como quiera que arribó a la edad pensional de 60 años el 17 de junio de 2012 y consumó 1.186 semanas al 1° de enero de 2014, resultantes de las 873,14 reportadas en su historia laboral², sumadas a las 312,85 laboradas con los empleadores EDWAR DAVID CAMACHO y FRIOCAM LTDA.

Razón por la cual, es dable concluir, como lo hizo el *a quo*, que el accionante cumplió con los lineamientos pensionales del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para ser merecedor de la pensión de vejez que reclama.

FECHA DE DISFRUTE

En lo que atañe a la calenda de disfrute de la prestación, juzga conveniente recordar esta Colegiatura los lineamientos de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, así:

«Art. 13.- CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su **desafiliación** al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.»

² Archivo 05 del expediente digital.



(...)

ARTÍCULO 35. FORMA DE PAGO DE LAS PENSIONES POR INVALIDEZ Y VEJEZ. *Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión. El Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de la supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona»* (Resalta de la Sala)

Dichos parámetros normativos permiten recalcar la diferenciación presentada entre la causación del derecho a la pensión y la fecha del disfrute. En efecto, la causación ocurre desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de la pensión, tales como la edad y cotizaciones, dependiendo del régimen pensional aplicable. Mientras que, el disfrute de la pensión exige la desafiliación al régimen pensional.

Aspecto que por demás ha sido interpretado por la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia en diversos pronunciamientos, entre otras, la sentencia rad. 38776 de 2011 y sentencia Rad. 41754 de 2012, indicando de manera constante y clara, que si el afiliado aún se encuentra cotizando es porque su querer va encaminado en acrecentar su mesada pensional y obtener una tasa de reemplazo superior y, será entonces, hasta que se retire del sistema o deje de efectuar cotizaciones a la entidad administradora de pensiones, que su querer se entienda transformado en la búsqueda del reconocimiento de la pensión.

En claro lo anterior, advierte esta Colegiatura que pese a contar con las semanas al momento de cumplir los 60 años de edad, pues al 17 de junio de 2012, acredita 1.108,85, lo cierto es que el accionante continuó efectuando aportes hasta el 31 de enero de 2014, hecho que no puede



ser endilgado a la entidad demandada Colpensione, como quiera que este elevó la solicitud de reconocimiento pensional solo hasta el 14 de febrero de 2015, como emana de la Resolución GNR 86404 del 22 de marzo de 2016 obrante en el expediente administrativo.

Deriva de lo precedente, que al tenor de lo dispuesto por el artículo 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, el accionante no reúne las condiciones normativas de desafiliación o retiro del servicio o del régimen para la fecha de cumplimiento de la edad, por lo que se determinará como data de disfrute de la prestación pensional la última fecha de consumación de aportes, a saber, el 1° de febrero de 2014.

Ahora, en este punto conviene anotar que no comparte la Sala de Decisión la decisión de la falladora de primera instancia de supeditar el reconocimiento y pago de la pensión, a la cancelación efectiva del cálculo actuarial por parte de los empleadores EDWAR DAVID CAMACHO y FRIOCAM LTDA, en primer lugar, porque la omisión en la cual incurrieron los mismos, no debe ser soportada por el trabajador, y en segundo lugar, porque al encontrarse claramente definidas las relaciones laborales que existieron con el demandante y las obligaciones de los patronos para con el Sistema General de Pensiones de reconocer dicho cálculo a favor de Colpensiones, es claro que la administradora de pensiones, una vez ejecutoriada la sentencia puede ejercer las acciones de cobro a que hubiere lugar.

Puestas así las cosas, habrá de modificarse la sentencia de primer grado, en el sentido de reconocer la prestación de vejez a favor de la parte activa desde el 1° de febrero de 2014, en cuantía igual a un salario mínimo legal



mensual vigente, pues el *a quo* determinó que su reconocimiento es en ese monto, aspecto que deberá confirmarse en la medida en que no fue punto objeto de apelación por el demandante y en todo caso se aviene a los postulados del artículo 35 de la Ley 100 de 1993, esto es, que la pensión otorgada no puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

Igualmente, ha de señalarse que la prestación procede por 13 mesadas al año, atendiendo a lo dispuesto en el Acto Legislativo 001 de 2005.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Establecido el derecho en cabeza del demandante, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado en debida forma por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones al contestar el introductorio (folios 78 archivo 01 del expediente digital).

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



pretende le sean reconocidos, eso sí dentro del término mismo de la prescripción, obviamente para que opere la figura de la interrupción del mismo.

Bajo este horizonte y descendiendo al caso bajo estudio, del material probatorio y legalmente recaudado, se evidencia que FRANCO ARANGO logró su derecho a partir del 1º de febrero de 2014, además, elevó la correspondiente reclamación administrativa el 14 de febrero de 2015, como emana de la Resolución GNR 86404 del 22 de marzo de 2016 obrante en el expediente administrativo, siendo radicada la demanda ordinaria laboral el 11 de octubre de 2017 como figura en el acta individual de reparto militante a folio 1 archivo 01 del expediente digital; de manera que es indudable que el presente asunto no se encuentra afectado el derecho por el fenómeno del trienio prescriptivo.

Así las cosas, habrá de condenarse al retroactivo pensional desde el 1º de febrero de 2014, mismo que liquidado a 30 de noviembre de 2021 asciende a \$76.648.665.

Año	Valor mesada	No. mesadas	Subtotal
2014	\$ 616.000	12	\$ 7.392.000
2015	\$ 644.350	13	\$ 8.376.550
2016	\$689.455	13	\$ 8.962.915
2017	\$737.717	13	\$ 9.590.321
2018	\$781.242	13	\$ 10.156.146
2019	\$828.116	13	\$ 10.765.508
2020	\$877.803	13	\$ 11.411.439
2021	\$908.526	11	\$ 9.993.786
Total			\$ 76.648.665



COSTAS

Las demandadas, en la alzada manifiestan inconformidad en lo referente a la imposición de condena en costas por el *A quo* en contra de cada una. Juzga conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y en caso de que la demanda prospere parcialmente el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada la Juez de primer grado dispuso la imposición de condena en costas a cargo de Colpensiones y los empleadores EDWAR DAVID CAMACHO y FRIOCAM LTDA., de acuerdo a lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que ordena que la parte vencida debe ser condenada en costas; de tal manera que ejerciendo las facultades otorgadas decidió de manera justificada emitir condena.

Motivo por el cual se confirma la decisión en costas impuesta por el *a quo*, cuyo monto de agencias en derecho no esta llamado a ser modificado, como quiera que el momento procesal oportuno para su



oposición es el recurso de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas (numeral 5° artículo 366 del CGP).

Sin costas en esta instancia, dadas las results del recurso de alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL SEXTO de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 20 de septiembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de CONDENAR a **COLPENSIONES**, a reconocer y pagar la pensión de vejez contemplada en el Acuerdo 049 de 1990, al señor **FRANCISCO JAVIER FRANCO ARANGO**, identificado con cédula de ciudadanía N° 19.167.508, en cuantía equivalente al salario mínimo, a partir del 1° de febrero de 2014, por 13 mesadas al año, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR EL NUMERAL SÉPTIMO de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 20 de septiembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de CONDENAR a **COLPENSIONES**, a



reconocer y pagar al señor **FRANCISCO JAVIER FRANCO ARANGO**, el valor de \$76.648.665 a título de retroactivo pensional, 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 sin costas, dadas las resultas del recurso de 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", is positioned above the name.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Luis Alfredo Barón Corredor", is positioned above the name.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Diana Marcela Camacho Fernández", is positioned above the name.

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

20201900913 01

1

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **AMPARO BRITO RANGEL** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS 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 veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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



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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **AMPARO BRITO RANGEL** a través de apoderada judicial, pretende se declare ineficaz la afiliación efectuada al RAIS, inicialmente a la AFP Porvenir y el posteriormente a la AFP Skandia; al igual que se encuentra válidamente afiliada al RPM administrado por Colpensiones; como consecuencia, condenar a la AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales, gastos de administración y comisiones; condenar a Colpensiones a activar su afiliación en pensión y a recibir la totalidad de sus aportes; condenar a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (fls. 5 y 6 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 a 5 del expediente digital, que en síntesis indican que nació el 6 de octubre de 1959; inició sus aportes a pensión al otrora ISS el 30 de septiembre de 1985. Que el 11 de mayo de 1994 suscribió el formulario de afiliación a la AFP Porvenir; posteriormente, se afilió a la AFP Old Mutual, a través de formulario radicado el 12 de junio de 2003 y el 24 de febrero de 2004 suscribió formulario de afiliación a la AFP Horizonte, hoy Porvenir, fondo este último al que se encuentra actualmente afiliada. Refiere que, siendo empleada de la Organización Sarmiento Angulo, su empleador le solicitó que hiciera el cambio de fondo de pensiones con destino a la AFP Porvenir, sin que mediara ningún tipo de asesoría, pues dicha sociedad



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

20201900913 01

3

no desplegó ninguna actividad de asesoramiento responsable, transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado del RPM al RAIS, a más que tampoco se le indicaron las características de ambos regímenes pensionales o en qué condiciones podría acceder a una pensión en el RPM y en el RAIS; menos aun se le hizo una proyección pensional. Afirma que la AFP Skandia y la AFP Horizonte hoy Porvenir, no le informaron sobre las características propias del régimen pensional al que se encontraba afiliada ni del RPM, ni tampoco sobre la forma en que se construía su derecho pensional en el RAIS y en el RPM, o qué factores influyen en la determinación de su mesada pensional en ambos regímenes. Que se presenta una diferencia en la mesada pensional que sería reconocida en uno u otro régimen pensional, por manera que solicitó ante las demandadas la anulación de su afiliación y la consecuente vinculación a Colpensiones, lo cual le fue resuelto en sentido desfavorable.

CONTESTACIÓN: La demandada **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, formuló oposición a las pretensiones formuladas en su contra por considerar en síntesis que, la demandante venía de estar afiliada a la AFP Porvenir, por ende, ya tenía un conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes de este régimen pensional, por tanto la asesoría en su caso particular estaba orientada a reafirmar los argumentos ya conocidos por la accionante. Añade que la selección de régimen en el Sistema General de Pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado, por lo que, la demandante al seleccionar el RAIS aceptó todas y cada una de las condiciones propias del mismo, conforme lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

dispone la Ley 100 de 1993. Aclara que la información y asesoría suministrada por Skandia al momento de la vinculación de la demandante, se realizó de conformidad con las normas y condiciones propias del RAIS y teniendo en cuenta las características de su caso, las cuales se circunscriben a que venía afiliada a otra AFP. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y la genérica (fls. 96 a 118 del expediente digital).

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a la totalidad de las pretensiones propuestas en la demanda, al considerar en esencia que, dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo); así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentra conforme a derecho, y que la afiliación se hizo de manera libre



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Añade que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, amén que se encuentra inmersa en la prohibición dispuesta en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y innominada o genérica (fls. 145 a 183 del expediente digital).

Por su parte, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló oposición a las pretensiones formuladas en el escrito de la demanda, por considerar en síntesis que, la afiliación de la demandante en el año 1994 se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación N° 071354 -documento público - en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT, voluntad que ratificó al afiliarse a Horizonte S.A. en el año 2004. Añade que la parte demandante se vinculó a varias administradoras de fondos de pensiones privadas desde el año 1994, dentro de las que se

encuentran Porvenir S.A., Horizonte S.A., y Skandia S.A., y curiosamente en ninguna de ellas expresó inconformidad por ausencia de información, al contrario, sus afiliaciones demostraban de manera inequívoca su aceptación con el régimen de ahorro individual. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la excepción genérica (fls. 258 a 301 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 16 de junio de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia de la afiliación del RPM al RAIS efectuado por la demandante a través de la AFP Porvenir S.A. el 11 de mayo de 1994, y sus posteriores traslados horizontales; **declarar** como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones; **ordenar** a Porvenir S.A. devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la demandante, junto con los rendimientos financieros causados con destino a Colpensiones, y los bonos pensionales a su respectivo emisor; **condenar** en costas a las demandadas. (Archivo de audio parte 2 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el A quo que, la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, 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 Porvenir, haya cumplido con el deber legal de informar a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

20201900913 01

7

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 demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, por considerar en esencia que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, por lo cual se encuentra frente a una mera expectativa y no frente a un derecho adquirido. Añade que la mayor motivación de la actora para promover el proceso es el monto de su mesada pensional, que corresponde a una contingencia que no se podía prever en ninguna de las administradoras de fondos de pensiones. Sostiene que existen contradicciones en el interrogatorio de parte, que no permiten advertir una falta en la asesoría brindada, y por el contrario, la demandante ante su negligencia no obtuvo información alguna para efectos de tomar una decisión que se encuentra íntimamente ligada con su eventual derecho pensional. Aduce que la devolución de aportes a Colpensiones genera un detrimento para la entidad, toda vez que no ha sido la administradora de la demandante y no existe un cálculo actuarial que permita establecer la suficiencia de sus aportes y los rendimientos financieros para financiar su prestación, sin generar afectación de los demás afiliados. Concluye afirmando que Colpensiones siempre ha actuado de buena fe y en este tipo de proceso ejerce su defensa técnica por obligación, empero, no hizo parte de la decisión tomada por la activa



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

20201900913 01

8

para efectuar sus distintos traslados, de manera que no hay lugar a la imposición de costas.

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación contra el fallo proferido, por considerar que el precedente de la Corte Suprema de Justicia no debe ser aplicado de manera objetiva, sino que se deben analizar las circunstancias del caso concreto, acotando que en el presente, el interrogatorio de la actora presenta serias contradicciones que deben ser valoradas para dirimir la controversia de manera favorable o desfavorable y que no puede tener como sustento las evasivas que suelen concurrir en los demandantes; además, en el *examine* la actora suscribió tres formularios de afiliación ante tres administradoras de fondos de pensiones, a través de distintos asesores comerciales, y aun así insiste e indicar que no recibió ninguna información. Agrega que no le era obligatorio a la administradora brindar una asesoría a la demandante, pues conforme a la Circular 19 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, la única exigencia establecida para que el acto jurídico de traslado se materializara de manera válida, era la expresión de voluntad del afiliado a través del diligenciamiento del formulario de afiliación, que atendiera las condiciones legales vigentes, tal y como ocurrió en el presente caso, de manera que la AFP ha cumplido con las obligaciones que se encontraban a su cargo. Añade que brindó a la demandante una asesoría oportuna, por medio de la cual le informó ampliamente las implicaciones y funcionamiento del RAIS, como así dejó constancia a través del formulario de afiliación, no siendo atendible su afirmación de haber sido coaccionada o intimidada por su empleador, perteneciente al grupo de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Sarmiento Angulo, menos aun cuando no hizo ninguna denuncia al respecto, ni ejerció su derecho de retorno al entonces ISS, y por el contrario, decidió trasladarse a la AFP Skandia y posteriormente a la AFP Horizonte, circunstancia que da lugar a la ratificación tácita del acto conforme al artículo 1852 del C.C., al igual que se configuran los actos de relacionamiento que denotan deseos de pertenecer al RAIS, como lo menciona la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL3752-2020 y en la sentencia SL1061-2020. Indica que de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el RPM también se destina un 3% de la cotización a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y de sobrevivencia, por manera que los mismos no forman parte integral de la pensión de vejez, y por ello están sujetos al fenómeno de la prescripción, además, la Superintendencia Financiera en el Concepto del 17 de enero del 2020 indicó de forma expresa que, en los eventos en que procede la ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual, sin que proceda la devolución de la comisión por administración y prima de seguro provisional, en consideración a que la aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza.

Por su parte, la demandada **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, interpuso recurso de alzada, aduciendo como motivos de disidencia que los gastos de administración encuentran fundamento legal en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el cual establece que un 3% de la cotización se debe destinar a financiar los gastos de administración, las primas de reaseguro de Fogafín, y los seguros de invalidez y sobrevivencia; además, el Decreto 3995 de 2008 en su artículo 7°, prevé los dineros que deben



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ser objeto de traslado, esto es, el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día en que se efectúe el traslado, lo cual se reitera por la Superintendencia Financiera, quien mediante concepto adujo que al decretarse la nulidad o ineficacia de la afiliación, procede el traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual del afiliado que incluye lo correspondiente a los rendimientos generados, así como los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima y sus respectivos rendimientos, de manera que no existe sustento legal alguno para ordenar trasladar al RPM un porcentaje destinado a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin y las primas de reaseguros de invalidez y sobrevivencia. Afirma que, en el caso de hacer una devolución de los gastos de administración, la demandante debe reintegrar los rendimientos reportados a su favor, dado que los mismos fueron producto de la gestión efectuada por Skandia, sociedad que adicionalmente ya no cuenta con los valores que trasladó a las aseguradoras para amparar las contingencias de invalidez y muerte.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Este extremo procesal solicita la confirmación del fallo de primera instancia, toda vez que como se desprende de las pruebas



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

practicadas en el juicio, los fondos de pensiones demandados no lograron acreditar el cumplimiento de su deber profesional y legal de brindar una información completa, clara, comparada y oportuna a la demandante durante la etapa precontractual del traslado de régimen, como así lo dispone la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Parte demandada: El apoderado de la **AFP PORVENIR** persigue la revocatoria de la sentencia de primera instancia aduciendo que en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante. Agrega que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto. Menciona que cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que la parte actora, ha estado vinculada a la sociedad producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual es un documento que se presume auténtico, sino con la conducta del afiliado, que permaneció en el régimen de ahorro y permitió el descuento con destino al fondo privado, pruebas que



analizadas de manera crítica y en conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era pertenecer al régimen de ahorro individual.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** refirió que al momento de la solicitud del retorno al RPM, el 12 de septiembre de 2019, la demandante contaba con 60 años, de manera que se encuentra inmersa en la prohibición legal descrita en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003; suma a ello que, dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre la presencia de un vicio de consentimiento, resaltando que en todo caso el error de derecho no repercute sobre la eficacia jurídica del acto. Agrega que las leyes surgidas entre el año 1993 y 2014 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al Régimen de ahorro individual con solidaridad, siendo el caso de la actora en tanto realizó el respectivo traslado en el año 1994. Concluye indicando que la Corte Constitucional en diversas decisiones ha establecido que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados del RPM, dado que ello daría lugar a su descapitalización.

Por su parte, **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** refiere que de la normatividad aplicable al caso concreto, como conceptos de los entes de control, se concluye que no existe sustento legal alguno para ordenar trasladar al RPM, el porcentaje destinado a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. Concluyendo que no es posible reintegrar las sumas descontadas por concepto de comisión de



administración, dado que se destina una parte a pagar la póliza para el cubrimiento de los seguros de invalidez y muerte y la otra parte, para sufragar los gastos de administración, de ahí que parte del mencionado porcentaje, ya fue pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de la actora y por tanto, no se encuentra en las arcas de la AFP; amén que no sería posible reintegrar el porcentaje descontado por comisión de administración, teniendo presente que dichos recursos fueron utilizados en la administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

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 evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folios 68 a 69 del expediente digital.

PROBLEMA JURÍDICO

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 en la alzada, 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 ineficacia de la afiliación realizada por AMPARO BRITO RANGEL al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

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, documento de identificación de la accionante (fl. 15), formulario de afiliación al ISS (fl. 38), formulario de afiliación a la AFP Porvenir (fl. 39 y 338 a 339), formulario de afiliación a la AFP Skandia (fl. 40 y 134), formulario de afiliación a la AFP Horizonte (fl. 41 y 339), historia laboral para bono pensional (fls. 42 a 43 y 388 a 392), historia laboral emanada de Colpensiones (fls. 44 a 47), historia laboral emanada de la AFP Porvenir (fls. 48 a 60 y 351 a 387) simulación pensional (fls. 61 a 65), derechos de petición elevados ante las demandadas y sus respuestas (fls. 66 a 82 y 140 a 143), petición radicada ante la Superintendencia Financiera y su respuesta (fls. 83 a 90), certificado de traslado de fondos y recursos expedido por Skandia (fl. 135), estado de cuenta expedido por Skandia (fls. 136 a 139), historial de vinculaciones SIAFP ASOFONDOS (fls. 335 a 337), comunicados de prensa (fls. 340 a 349), certificado de afiliación de la demandante emitido por Porvenir (fl. 392), e interrogatorio de parte rendido por la demandante (Archivo de audio parte 1 del expediente digital).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación



conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que 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 Ren 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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«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».

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos 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



20201900913 01

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

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

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

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

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

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

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la 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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.° 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:



20201900913 01

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y 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.° del artículo 2.° de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.° 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».



20201900913 01

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.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.



20201900913 01

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



20201900913 01

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 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.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se vinculó al otrora ISS desde el 9 de abril de 1987 hasta el 31 de mayo de 1994, tal como se advierte de las historias laborales emitidas por Colpensiones y la AFP Porvenir (fls. 44 a 47 y 375), para luego trasladarse a Porvenir S.A., el 11 de mayo de 1994 (fl. 39 y 338); a Skandia, el 12 de junio de 2003 (fl. 40 y 134 del expediente digital); y por último, a Horizonte, hoy Porvenir, el 24 de febrero de 2004 (fl. 41 y 339 del expediente digital), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada al subsistema de seguridad social en pensiones, según consta en certificado de afiliación que milita a folio 392 del expediente digital; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir, 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 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 39 y 338 del expediente digital).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues esta indicó que *«(...) en ese entonces yo trabajaba con la organización Luis Carlos Sarmiento Angulo y de un momento a otro nos citaron y nos dijeron que nos iban a trasladar al fondo de pensiones Porvenir porque iba a ser parte del grupo empresarial, pues como todo empleado yo pienso que acepta las condiciones de la empresa y sin ninguna información a fondo firmamos los formularios de afiliación en el departamento de personal (...) no tuvimos asesor, no, eso fue llevado por el departamento de personal de la organización, pero la verdad no hubo una asesoría, no nos desplegaron ninguna información de cómo iban a ser las pensiones, de qué beneficios íbamos a tener, nada (...)»*.

Agrega que prestando sus servicios en otra empresa, se trasladó a Skandia porque llegó otro asesor indicándole que esa sociedad le iba brindar mayor solidez en caso de reconocer una pensión, lo cual igualmente ocurrió cuando se afilió a la AFP Horizonte, acotando que ninguna de las empresas en referencia le propiciaron una información diferente; además, que nunca le ilustraron sobre la existencia de una cuenta de ahorro individual, o lo que sucedería con sus aportes en caso de muerte. (Archivo de audio parte 1 del expediente digital).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, pues nótese que pese a las contradicciones que se refieren en la alzada, la actora no realiza ninguna confesión sobre este aspecto, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Porvenir S.A., que se traduce en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales de la demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiaria del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o no tuviere una expectativa legítima, 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.

Circunstancia esta que no se subsana con los distintos traslados efectuados por la demandante, como quiera que en términos de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5188-2021 M.P, Gerardo Botero Zuluaga:

«(...) Tal postura es contraria a la adoctrinada por esta Sala de Corte, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021.

El anterior criterio es el que se encuentra vigente en la jurisprudencia de la Sala; motivo por el cual se recoge cualquier otro que le sea contrario y, frente a la cual se advierte que, como la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como sustento el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, al estar afectado el acto jurídico primigenio, los negocios jurídicos subyacentes adolecen de igual afectación, entre ellos los traslados que se efectúen a los diversos fondos privados, ello en tanto que, el efecto de la declaratoria de ineficacia es volver al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el cambio de sistema pensional no hubiera existido jamás (CSJ 4025-2021, CSJ SL4062-2021, CSJ SL 4064-2021, entre muchas otras).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Luego entonces, para la Sala es claro que, en el presente asunto ni de la afiliación inicial, como tampoco de los traslados posteriores entre los diferentes fondos privados se evidencia que se hubiese recibido una información integral, completa y oportuna que brindara una ilustración respecto de las características, condiciones del mercado, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las contingencias financieras que tal decisión supondría en su derecho o como se dijo en la sentencia CSJ SL 6 oct.2021, rad.83576 « no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador». (Subraya fuera de texto).

Puestas en ese escenario las cosas, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó el sentenciador de primer grado, contrario a lo afirmado por las demandadas, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró a la demandante los datos e información suficiente clara y oportuna de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, circunstancia que decanta en la ineficacia de tal acto jurídico.

Ahora bien, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se advierte que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de las demandadas Skandia y Porvenir S.A., argumentando que dichos dineros no hacen parte de la pensión, también se descuentan en el RPM, se encuentran sujetos a la prescripción y su reintegro no tiene fundamento legal.

Sobre el particular, no se advierte que el Juzgado Conocimiento haya emitido orden relativa a que las AFP demandadas deban proceder a la devolución de esos conceptos, no obstante, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones, habrá de



adicionarse la sentencia en ese sentido, teniendo en cuenta que 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, indicó que ello constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

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

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional 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 las AFP apelantes, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la 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 lo referente a la prescripción en torno a tales emolumentos, basta con señalar, que de conformidad con lo enseñado por la Corporación de cierre en materia ordinaria laboral, la obligación de devolver los gastos de administración nace para las AFP desde el momento mismo en que nace el acto que se declara ineficaz, en tanto dichos recursos han debido ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ayudando de esta manera a forjar el derecho pensional del afiliado, por lo que, contrario a lo sostenido por la entidad recurrente, los mismos no pueden desprenderse del derecho pensional como así hoy lo pretende, siguiéndose de tal manera la suerte de lo principal, aquello que resulta accesorio. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Se aclara que, esta sentencia no le causa perjuicio a Colpensiones, pues la afiliada se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.



COSTAS

La demandada Colpensiones, en la alzada manifiesta inconformidad en lo referente a la imposición en su contra de condena en costas por el *A quo*. Juzga conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y en caso de que la demanda prospere parcialmente el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada el Juez de primer grado dispuso la imposición de condena en costas a cargo de Colpensiones, de acuerdo a lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que ordena que la parte vencida debe ser condenada en costas; de tal manera que ejerciendo las facultades otorgadas decidió de manera justificada emitir condena.

Motivo por el cual se confirma la decisión en costas impuesta por el *a quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la AFP Porvenir S.A. y Skandia S.A., 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: ADICIONAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 16 de junio de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **ORDENAR a PORVENIR S.A.** y a **SKANDIA S.A.**, devolver a **COLPENSIONES** lo que hayan deducido por concepto de gastos de administración y comisiones durante la afiliación de la demandante a dichas administradoras, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

TERCERO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la AFP Porvenir S.A. y Skandia S.A., dado el resultado de la alzada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

20201900913 01

37

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

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A., Skandia S.A., y Colpensiones en la suma de \$600.000, para cada una.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', with a large, stylized loop at the beginning.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-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-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARLENY SERNA** CONTRA LA **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **MARLENY SERNA** a través de apoderado judicial, pretende se declare que tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en calidad de madre supérstite de Alexander Ostia Serna, en virtud del principio de la condición más beneficiosa; en consecuencia, se condene a Porvenir al reconocimiento de la prestación desde el 10 de noviembre de 2013, junto con el retroactivo pensional, los intereses moratorios, la indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (fl. 8 a 10).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 24 a 25 del informativo, en los que en síntesis advierte que el señor Alexander Ostia Serna nació el 1º de julio de 1975 y falleció el 10 de noviembre de 2013, por causas de origen común. Que durante su vida laboral se encontró afiliado al RAIS. Que a la fecha de su muerte se encontraba conviviendo con su madre, la señora Marleny Rueda, con quien existía ayuda mutua y apoyo económico. Que además era soltero, no convivía en unión matrimonial, ni unión marital de hecho, y tampoco procreó hijos. Agrega que en el año 2015, solicitó en condición de madre el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, petición que reiteró el 19 de enero de 2018, la cual le fue negada en oficio del 29 de enero de similar año, por cuanto el causante no cotizó 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha del fallecimiento. Que en oficio 547 le fue reconocida la devolución de saldos.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, al ejercer el derecho de contradicción y defensa se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia que, el causante no cotizó 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de su fallecimiento,



como así lo exige la norma aplicable, que lo es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Concluye indicando que no es procedente dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa, toda vez que la norma llamada a regir el caso, es la vigente a la fecha del fallecimiento del afiliado.

Excepciones: Formuló las que denominó falta de jurisdicción y competencia, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, carencia de acción y ausencia de derecho sustantivo, incumplimiento de los requisitos legales para acceder al pago de la prestación, afectación del sostenimiento financiero del Sistema General de Pensiones, buena fe, prescripción y la innominada o genérica. (fls. 76 a 97).

Mediante auto del 23 de septiembre de 2021, el *a quo* resolvió tener como sucesores procesales de la demandante fallecida, a sus hijos Roberson Ostia Serna y Yordan Smith Ostia Serna, conforme al artículo 68 del CGP (Cd. a folio 156).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 28 de septiembre de 2021, resolvió **declarar** probadas las excepciones denominadas inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa de las pretensiones de la demanda, carencia de acción y ausencia de derecho sustantivo, incumplimiento de los requisitos legales para acceder al pago de la prestación, propuestas por la demandada; **negar** las pretensiones de la demanda presentada por la señora Marleny Serna quien falleció en el transcurso del proceso y le sucedieron procesalmente, los señores Roberson Ostia Serna y Yordan Smith Ostia Serna y **condenar** en costas a la parte activa. (Cd. Fl. 159).



Lo anterior por considerar el *a quo*, que el causante no cotizó el número de semanas exigido por la norma aplicable al caso, que lo es la Ley 797 de 2003, pues en los 3 años anteriores a su fallecimiento reunió únicamente 40 semanas, acotando que si bien se observan cotizaciones posteriores a la data del deceso, estas tampoco le permiten completar el total de 50, en tanto suman únicamente 47,14. Agrega que no es procedente dilucidar el caso objeto de estudio a la luz de la condición más beneficiosa, por cuanto la norma anterior que podría aplicarse corresponde al artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, pero ello solo dentro del interregno comprendido entre el 29 de enero de 2003 fecha en la que cobró vigor la Ley 797 de 2003, y el 29 de enero de 2006, como así lo ha definido el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, de suerte que al ocurrir la muerte del afiliado el 10 de noviembre de 2013, la situación pensional de sus beneficiarios debe regirse por la Ley 797 de 2003. Concluye precisando que tampoco tiene cabida el Acuerdo 049 de 1990, por cuanto el causante solo cotizó al sistema un total de 87 semanas.

CONSULTA

Surtidos los términos procesales, las partes no interpusieron recurso alguno, por lo que la decisión se remitió a fin que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con el artículo 69 del CPL.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron de la siguiente manera:

Parte demandante: Este extremo procesal refiere que se debe estudiar el proceso conforme al grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que se acreditó la dependencia económica de la señora MARLENY SERNA,



respecto de su hijo ALEXANDER OSITA SERNA (Q.E.P.D.). Agrega sobre la temporalidad de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, que la Corte Constitucional en sentencia SU 005 de 2018, previó la posibilidad de efectuar la búsqueda histórica de normas para el reconocimiento de la prestación solicitada.

Parte demandada: Este extremo procesal solicita la confirmación del fallo opugnado por cuanto el afiliado no alcanzó a satisfacer el presupuesto de la condición de beneficiosa, pues conforme la sentencia 45262, no cumple ningún presupuesto, y por tanto, no dejó causado derecho alguno.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, si la señora Marleny Serna, sucedida procesalmente por sus hijos Roberson Ostia Serna y Yordan Smith Ostia Serna, es beneficiaria en condición de madre, de la pensión de sobrevivientes reclamada con ocasión al deceso de Alexander Ostia Serna, conforme al principio constitucional de la condición más beneficiosa.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Con miras a resolver la Litis planteada, esta Sala de Decisión analiza el acervo probatorio legalmente recaudado en el plenario de conformidad



con el artículo 60 y 61 del C.P.L. y de la S.S., en especial, copia de la cédula de ciudadanía del señor Alexander Ostia Serna (q.e.p.d.) (fl. 11), registro civil de nacimiento del causante (fl. 12), registro civil de defunción del causante (fl. 13), registro civil de nacimiento de la demandante (fl. 14), historia laboral del causante expedida por Porvenir (fls. 15 y 16), derecho de petición elevado ante la encartada y su respuesta (fls. 17 a 22), expediente administrativo emanado de Porvenir (Cd. a folio 154), registro civil de defunción de la demandante (fl. 144); probanzas de las cuales se colige, que Alexander Ostia Serna falleció el 10 de noviembre de 2013 (fl. 13), data para la cual se encontraba afiliado al Subsistema de Seguridad Social en pensiones a través de la AFP Porvenir (fls. 15 y 16), supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes procesales, en esta segunda instancia.

Procede esta Sala a desarrollar el *sub judice* planteado en líneas anteriores, no sin antes precisar que respecto a la prestación pensional deprecada en el *libelo*, diferente a las pensiones de vejez e invalidez, el afiliado causante y los posibles beneficiarios de la prestación deben cumplir separadamente dos clases de requisitos, a saber, al *de cujus* le correspondía dejar reconocido el derecho a la pensión bien de vejez o invalidez o una densidad de semanas de cotización, y por su parte, los beneficiarios deben acreditar su cualificación legal, ello es, demostrar mediante prueba idónea su calidad respecto del causante, o la dependencia económica cuando se refiere a hijos discapacitados o padres; aclarando que ambos pedimentos deben concurrir para la causación de la pensión de sobrevivientes.

Es menester precisar que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha determinado que es la fecha de fallecimiento del pensionado o afiliado la que fija la norma aplicable al caso bajo estudio, siendo ésta el 10 de noviembre de 2013, como da cuenta el Registro Civil de Defunción obrante a folio 13 del informativo, motivo por el cual, le es aplicable el



régimen previsto en los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, normas que estipulan:

«**ARTÍCULO 12.** El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento (...)

ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

(...)

*d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este;»
(Resalta fuera de texto)*

De cara a lo anterior, al constatar dentro del proceso si el afiliado fallecido acreditó el número de semanas mínimas para dejar causada la pensión de sobrevivientes, se tiene que según el reporte expedido por Porvenir obrante en el expediente administrativo (Cd. a folio 154) este cotizó un total de 76,28 entre agosto de 2007 y el 10 de noviembre de 2013, de las cuales fueron cotizadas **40 semanas** dentro de los 3 años anteriores a la fecha de su fallecimiento, por manera que en el caso particular no se advierte causada la prestación reclamada a la luz de la ley aplicable al caso, que lo es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

En este punto, cumple anotar que si bien en el mentado expediente administrativo obra historia laboral para bono pensional del afiliado fallecido, que da cuenta de una vinculación anterior a Colpensiones, lo cierto es que en las diligencias no obra reporte de semanas cotizadas a dicha entidad, por tanto, la Sala no puede considerar ningún ciclo que el causante hubiere aportado al RPM, al no encontrarse prueba sobre ello.



Ahora, en lo que respecta al principio de la condición más beneficiosa, cuya aplicación fue perseguida por la parte activa en el *libelo genitor*, debe recordarse que su aplicación no es indefinida, tal como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL4650-2017, Magistrados Ponentes FERNANDO CASTILLO CADENA Y GERARDO BOTERO ZULUAGA, donde se indicó:

«(...) Entonces, algo debe quedar muy claro. Solo es posible que la Ley 797 de 2003 difiera sus efectos jurídicos hasta el 29 de enero de 2006, exclusivamente para las personas con una expectativa legítima. Con estribo en ello se garantiza y protege, de forma interina pero suficiente, la cobertura al sistema general de seguridad social frente a la contingencia de la muerte (sic), bajo la égida de la condición más beneficiosa. Después de allí no sería viable su aplicación, pues este principio no puede convertirse en un obstáculo de cambio normativo y de adecuación de los preceptos a una realidad social y económica diferente, toda vez que es de la esencia del sistema el ser dinámico, jamás estático. Expresado en otro giro, durante dicho periodo (29 de enero de 2003 – 29 de enero de 2006), el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos con venero en el principio de la condición más beneficiosa para las personas con expectativa legítima, ulterior a ese día opera, en estrictez, el relevo normativo y cesan los efectos de este postulado constitucional.

No puede la Corte pasar por alto que esta franja de tres años, a más de tornarse razonable y proporcional favorece, a quienes tenían dicha situación concreta al momento del tránsito legislativo.

Es inocultable que si las expectativas legítimas no pueden ser modificadas de manera abrupta o arbitraria, de ahí la razón de ser de la condición más beneficiosa, tampoco pueden permanecer inalterables como si fuesen unos derechos adquiridos. Dicho en breve: no se le puede otorgar el mismo tratamiento y protección a las expectativas legítimas que a los derechos consolidados.

Con tal óptica, es de verse que si los regímenes de transición tienen duración limitada y cuantificable en el tiempo, y que, para algún sector, es posible que el legislador modifique los regímenes de transición con posterioridad a su consagración «porque éstos no pueden ser concebidos como normas pétreas», caben las siguientes preguntas ¿cómo entender que el principio de la condición más beneficiosa sí permanezca en vigor sin límite alguno en el tiempo? Si un régimen de transición no es permanente, ¿bajo qué argumento puede sostenerse que el uso de la condición más beneficiosa sí lo sea? si precisamente,



como se explicó, los derechos adquiridos son diferentes a las expectativas legítimas. No hay argumentos que, prima facie, lo justifique.

No se pierda de vista que ha transcurrido más de 13 años desde cuando acaeció el cambio normativo, 29 de enero de 2003, es decir, lapso de tiempo que incluso superó el término del régimen de transición dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, para las pensiones por vejez. Por tanto ¿se justifica mantener con vida lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, más allá del tercer año de vigencia de la Ley 797 de 2003, so pretexto de emplear la condición más beneficiosa, cuando, se repite esta ley dispuso un margen de tres años para satisfacer la densidad de semanas de cotización?

De suyo, también se cumple con lo asentado por la Sala respecto a la deliberada voluntad del legislador en la reforma introducida al sistema pensional con la Ley 797 de 2003, que propende por asegurar un equilibrio financiero, de manera que los niveles de protección que hoy se ofrezcan, se puedan mantener a largo plazo.

Desde la perspectiva anterior, si la condición más beneficiosa tiene cabida por vía de excepción y su aplicación es restrictiva, no es dable emplearla con un carácter indefinido. Tampoco es factible, en virtud del principio de inescindibilidad de la ley, alterar la normativa que se ha de aplicar en virtud del principio examinado» (Resalta la Sala)

Atendiendo lo anterior, y como quiera que el deceso del señor Ostia Serna acaeció el 11 de noviembre de 2013, esto es, por fuera del plazo fijado en la jurisprudencia atrás citada para la cesación de los efectos del principio de la condición más beneficiosa, es claro que la situación pensional de la demandante no puede dilucidarse a la luz de la norma anterior a la vigente a la fecha del fallecimiento del causante, contrario a lo pretendido en el *libelo genitor*.

Finalmente, es preciso indicar que en virtud del principio de la condición más beneficiosa, no es dable entrar a analizar el derecho pensional según lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, en tanto, el mismo no permite entrar a realizar un estudio histórico a efectos de escoger dentro de todas las normas expedidas hasta entonces, aquella que resulte más favorable al trabajador. Como bien lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia en



reiterados pronunciamientos, como la sentencia SL-3481 de 2017, en la cual se indicó:

«De otra parte, como la censura invoca el principio de la condición más beneficiosa a fin de que el asunto se resuelva bajo la égida del artículo 6 del Acuerdo 049 de 1990, es preciso señalar que no es viable dar aplicación a la plus ultractividad de la ley, esto es, hacer una búsqueda de legislaciones anteriores a fin de determinar cuál se ajusta a las condiciones particulares del demandante o cuál resulta ser más favorable, pues con ello se desconoce que las leyes sociales son de aplicación inmediata y, en principio, rigen hacia futuro. Esta ha sido la postura de la Sala expuesta en recientes providencias, entre otras, CSJ SL17768-2016, CSJ SL9762-2016, CSJ SL9763-2016, CSJ SL9764-2016, CSJ SL14881-2016, CSJ SL15612-2016, CSJ SL15617-2016, CSJ SL15960-2016, CSJ SL15965-2016, CSJ SL 1689-2017, CSJ SL1090-2017 y CSJ SL2147-2017.

*En ese orden, no era procedente que el Tribunal considerara los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 de manera plus ultractiva como lo pretende la censura, **ni siquiera bajo el argumento de acudir al principio de favorabilidad** contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política, porque su mandato parte de la existencia de duda en la aplicación o interpretación de normas vigentes, lo que no ocurre en el sub lite» (Acentúa la Sala)*

Por lo anterior, al no darse los presupuestos liminares para que la demandante acceda a la pensión de sobrevivencia, no queda otro camino que confirmar la sentencia de primer grado, la cual se encuentra ajustada a derecho.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *a quo*. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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



RESUELVE

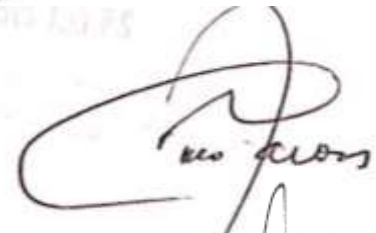
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública virtual celebrada el 28 de septiembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARLENY SERNA** sucedida procesalmente por **ROBERSON OSTIA SERNA** y **YORDAN SMITH OSTIA SERNA** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS 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*. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
(Aclaro voto)

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ERNESTO RAFAEL FERNÁNDEZ VIVIUS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno (2021), 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

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»



Se reconoce personería para actuar en calidad de apoderada sustituta de Colpensiones, a Karen Julieth Nieto Torres, identificada con C.C. No. 1.023.932.298 de Bogotá D.C. y portadora de la T. P. No. 280.121 del C. S. de la Judicatura, conforme a la sustitución allegada vía correo electrónico.

Así las cosas, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor ERNESTO RAFAEL FERNÁNDEZ VIVIUS, solicita se declare que PORVENIR S.A., no suministró la información idónea para que el demandante efectuara el traslado del RPM al RAIS de forma informada en agosto de 1997; que el movimiento de régimen generó una ineficacia; que se declare la ineficacia del traslado; que el actor nunca se trasladó de régimen; que se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones; que “PROTECCIÓN” (sic) debe efectuar el traslado de los aportes a Colpensiones; que la mesada pensional del demandante se verá afectada; que Colpensiones debe admitir el traslado del demandante; que tiene derecho al reconocimiento de la mesada pensional.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, reclama se ordene a Colpensiones a admitir el regreso del actor; que se condene a Protección a trasladar los aportes, rendimientos financieros, dineros percibidos por concepto de gastos de administración del actor sin realizar ningún tipo de descuento; se condene al reconocimiento y pago de derechos que resulten probados.



Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 4 a 5 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 30 de mayo de 1963; que estuvo afiliado al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 16 de julio de 1986 hasta el 31 de julio de 1997; que se trasladó a Porvenir S.A., en agosto de 1997; que el demandante había cotizado a julio de 1997, un total de 575 semanas; que no recibió la asesoría idónea para hacer el traslado de régimen; que el 9 de septiembre de 2003 se trasladó a Santander hoy Protección; que presentó derecho de petición a Porvenir y a Protección solicitando prueba documental respecto a la asesoría brindada; que en sendo derecho de petición incoado ante Colpensiones solicitó se aceptara la afiliación del actor en dicha entidad, sin embargo, tal pedimento fue resuelto en forma desfavorable; que Protección efectuó un comparativo pensional, encontrando que, la mesada a reconocer entre uno y otro régimen es disímil.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que el traslado efectuado por el demandante es válido y no existe causal válida para ordenar la devolución de ningún emolumento. Como **excepciones** propuso las de, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa (fl. 96).



La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que, el traslado efectuado por el demandante es válido, al haberse suscrito en forma libre y voluntaria, no vislumbrándose ningún vicio del consentimiento. Como medios **exceptivos** propuso los de, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política; buena fe de la entidad, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica (fl. 182).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al estimar que, el traslado de régimen obedeció a una decisión libre e informada del actor y siempre le fue garantizado el derecho de retracto. Como medios **exceptivos** propuso los de, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (fl. 249).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Cuarenta y Uno (41°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 22 de septiembre de 2021, resolvió; **declarar** ineficaz el traslado efectuado por el demandante al RAIS; **ordenó** a Protección trasladar a Copensiones las cotización, rendimientos financieros, gastos de



administración y comisiones debidamente indexados; **ordenó** a Colpensiones a recibir los dineros provenientes de la AFP Protección S.A., y reajustar la historia laboral; **declaró** no probadas las excepciones propuestas, **condenó** en costas a Protección y Porvenir S.A.; **ordenó** la consulta de la providencia a favor de Colpensiones.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Conforme el precedente jurisprudencial citado, el despacho considera que en el presente asunto Porvenir s.a. no demostró que no demostró en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia que ofreció una asesoría de información objetiva, suficiente y clara al demandante, en atención a su situación pensión al, respecto de los efectos del traslado efectuado el 14 de julio de 1997, pues sí bien al del proceso se aportó el formulario de afiliación suscrito por el actor y qué obra folio 315 en el cual a su turno no fue desconocido por la parte actora, este no es suficiente para acreditar que en efecto se haya suministrado la información en los términos ya referidos, pues recordemos que la corte desde la sentencia 31 989 de 2008, ha indicado que la suscripción del formulario al igual que las afirmaciones consideradas en los formatos preimpresos tales como la afiliación se hace libre y voluntaria, se ha efectuado libre, espontáneas y sin presiones u otro tipo de leyenda similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información pues ello acreditan es un consentimiento libre de vicios pero no informado....”.

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de **Porvenir S.A.**, interpuso recurso de apelación con el fin de que sea revocada la sentencia de primera instancia, al considerar que, para la época del traslado efectuado por el demandante solo se exigía el diligenciamiento del formulario de traslado y asesoría verbal, que se debe analizar en forma concreta las circunstancias en que se dio el traslado, apartándose del precedente jurisprudencial; que se brindó una asesoría oportuna al afiliado; que la entidad no tiene la obligación de trasladar los rendimientos, frutos e intereses; que el desconocimiento de la Ley no es excusa para declararse la ineficacia, ya que el actor tiene el deber de diligencia.



La apoderada de **Protección S.A.** interpone recurso de apelación frente al numeral segundo de la sentencia, y en lo atinente a la devolución de gastos de administración, al considerar que estos descuentos se encuentran consagrados legalmente; que la prima del seguro previsional ya fue girada a una aseguradora durante el tiempo que duró afiliado el demandante y por ello, no es viable la devolución de dicho rubro.

El apoderado de **Colpensiones** solicita se revoque la sentencia, al estimar que, no comparte el argumento que la carga de la prueba sea invertida, de acuerdo a lo expuesto por la H. Corte Constitucional en sentencia C186-2016; que las costas y agencias en derecho por cumplir con su deber, por lo que, estas pueden ser moduladas; que el demandante se quiere pensionar ya, entonces no se le puede soslayar su derecho para pensionarse en forma inmediata y causársele un daño al ponerse al demandante a trabajar cuatro años más.

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:

La apoderada de la demandada, **Colpensiones**, reclama la revocatoria de la sentencia, al estimar que, el deber de información ha ido variando con el transcurrir del tiempo y por ello, la firma del formulario es válida; que el traslado fue suscrito en forma libre y voluntaria; que no se encuentran acreditados vicios del consentimiento.



El apoderado de **Porvenir S.A.**, solicita se revoque la sentencia, al no encontrarse acreditados los vicios del consentimiento para declarar la nulidad del acto del traslado; que la entidad garantizó el derecho de retracto a su afiliado; que no es viable imponer cargas distintas al fondo; que se brindó una debida asesoría al afiliado; que los gastos de administración son costos descontados en forma legal y genera un enriquecimiento sin justa causa al RPM.

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

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 50 del cartulario, y frente a la cual la entidad dio respuesta en forma desfavorable al peticionario el 6 de septiembre de 2019 (fl. 52 archivo).

PROBLEMA JURÍDICO

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 recursos incoados por los apoderados de las demandadas 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 Ernesto Rafael Fernández Vivius al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A. y las que se dieron con posterioridad a aquella, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, Copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 13); formulario de afiliación a Porvenir suscrito el 9 de septiembre de 2003 (fl. 45, 111 anverso); derecho de petición presentado ante Porvenir, Protección y



Porvenir S.A. (fl. 46 a 51); respuesta de Colpensiones y Protección al derecho de petición (fl. 52 a 58, 110, 112); liquidación mesada pensional (fl. 59); historia laboral emitida por Protección (fl. 65, 114 anverso, 138); certificado SIAFP emitido por Asofondos (fl. 123, 312); reporte estado de cuenta emitido por Protección (fl. 124); resumen de historia laboral emitido por la Oficina de Bonos Pensionales (fl. 136); formulario de afiliación efectuado a Porvenir el 14 de julio de 1997 (fl. 315); relación histórica de movimientos a Porvenir (fl. 316); historia laboral consolidada emitida por Porvenir (fl. 321); certificado de afiliación expedido por Porvenir (fl. 328 A); expediente administrativo (fl. 231).

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»*.

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

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

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

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la



pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el



cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas



que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 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 características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

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

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

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

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

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

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

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

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal



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

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

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019



de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento



o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



Adicionalmente, de acuerdo al discurso del apoderado de Colpensiones frente a la carga probatoria y como esta debe ser aplicada, esta Colegiatura, se permite aclararle al profesional que, conforme a lo dispuesto en la sentencia C086 de 2016, en la cual fue ponente el Doctor, Jorge Iván Palacio Palacio, este hizo alusión específicamente a la inversión de la carga probatoria, cuando la parte débil en una relación, como la laboral, se podía invertir la carga probatoria, y así se dejó sentado,

*“...La regla general en materia de pruebas en los procesos de tutela consiste en que quien alega la vulneración de un determinado derecho fundamental debe probar los hechos que sustentan su acusación en la medida en que ello le sea posible; por tal razón, en cierto tipo de casos, en los cuales quien alega la violación de su derecho se encuentra en posición de debilidad o subordinación frente a la persona o autoridad de quien proviene la violación, se ha dado un alcance distinto a dicho deber probatorio, distribuyendo la carga de la prueba en favor de la parte menos fuerte en la relación, de forma tal que ésta únicamente se vea obligada a demostrar –con pruebas adicionales a su declaración consistente y de buena fe– aquellos hechos que esté en la posibilidad material de probar, correspondiéndole a la otra parte la prueba de las circunstancias que alegue en su favor para desvirtuar lo alegado en su contra. Así ha sucedido, por ejemplo, en múltiples casos relacionados con discriminación en el ámbito laboral. **La justificación de esta distribución de la carga de la prueba radica en la dificultad con la que cuenta la parte débil de una determinada relación para acceder a los documentos y demás materiales probatorios necesarios para acreditar que cierta situación le es desfavorable y constituye un desconocimiento de sus derechos; es de elemental justicia que sea la parte privilegiada y fuerte, por su fácil acceso a los materiales probatorios en cuestión, quien deba asumir dicha carga procesal.** Por eso, en materia de tutela, la regla no es “el que alega prueba”, sino “el que puede probar debe probar”, lo cual redistribuye la carga probatoria en beneficio de la protección de los derechos” (Resaltado de la sala).*

Adicionalmente, señaló el alto tribunal en su oportunidad, que la “distribución de su carga probatoria dejan y se erigen en un verdadero deber funcional”, siendo entendido este para esta Sala como parte integral del i. cumplimiento de las funciones propias del cargo, ii. La obligación de actuar conforme a lo dispuesto en la Constitución y la



Ley y iii. garantizar la representación del estado en el cumplimiento de los deberes funcionales.

Lo anterior entendiéndose, en una flagrante vulneración a los derechos procesales, legales y constitucionales, causando un perjuicio o afectación a la función pública, si ello no es desarrollado, sin embargo, en el sub examine, no se incurrió por parte del juzgador de primera instancia en ningún desatino y a pesar de que el apelante se aparta del precedente de la Corte Suprema de Justicia, esta Sede judicial no lo hace, al haberse decidido el litigio en el marco de los derechos constitucionales, legales, doctrinales y jurisprudenciales utilizados para resolver este tipo de divergencias, vigilando siempre que no se afecte los intereses de la entidad frente a la cual se erige el grado jurisdiccional de consulta.

Por otro lado, debe recordarse al apoderado de Colpensiones que, desde la creación de la seguridad social en Colombia, mediante el Decreto 3041 de 1966 y posteriormente con las modificación que introdujo la ley 100 de 1993 sobre su integralidad, la seguridad social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado y que será prestado por las entidades públicas o privadas en los términos establecidos, por la Ley, ello es mediante lo que jurídica y económicamente se entiende por empresas, en cumplimiento a lo ordenado por el Art. 48 de la Constitución Política. Por lo que el Estado es responsable de la dirección, coordinación y control del sistema general de pensiones y garante de los recursos pensionales aportados por los afiliados en los términos de Ley.

Por ende sin mayor esfuerzo mental, las administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación y responsabilidad de mantener actualizada y custodiada la información de los afiliados, tal y como se



resaló en sentencia SU182 de 2019 y en sentencia T-343/14 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), indicó:

“Las entidades Administradoras de pensiones tienen a su cargo el manejo de las bases de datos contentivas de la información que comprende la historia laboral de los afiliados al régimen de seguridad social en pensiones ya sea en el régimen de prima media con prestación definida o el de ahorro individual con solidaridad.

Esta información permite la verificación del cumplimiento de los requisitos que se deben acreditar para el reconocimiento de una prestación pensional, por ello, deben garantizar el adecuado manejo y conservación de los datos correspondientes a sus afiliados.

La obligación de cuidado y custodia de los datos que conforman la historia laboral, comprende “las obligaciones de organización y sistematización de dicha información, de manera que se evite su pérdida o deterioro y la consecuencial afectación negativa de un reconocimiento”.

Esta Corporación, en la sentencia T-855 de 2011 resaltó la importancia del cumplimiento de estas obligaciones. En este sentido expresó: “resulta clara la trascendencia del adecuado manejo de la información, por medio de la cual se constata el cumplimiento paulatino de tales requisitos, pues dicha información será la fuente de conocimiento de la que se servirán el afiliado y la entidad Administradora, para solicitar o evaluar, respectivamente, el reconocimiento de las prestaciones económicas dispuestas en el sistema como mecanismos de cobertura de riesgos”...”²

Y en otro de sus pronunciamientos, señaló:

“Para la Sala, estas inconsistencias obedecieron a problemas operativos que eran responsabilidad del ISS y por lo tanto no podía ser oponibles a ella. Además, estimó que el ISS indujo en error a la peticionaria y la forzó a solicitar la indemnización sustitutiva.

En concreto, sostuvo: “la Sala considera que la decisión adoptada en la Resolución 009607 emitida por el ISS, seccional Antioquia, resolviendo el recurso de apelación y reconociendo la indemnización sustitutiva, lesiona el principio de confianza legítima y defrauda las expectativas que, en desarrollo del principio de buena fe, formó la accionante respecto del tiempo que debía cotizar para acceder a la pensión

² Corte Constitucional. Sentencia T-343 de 2014. M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.



*de vejez, devela la vulneración de su derecho que se concretó desde la expedición de la mencionada resolución, como quiera **que la respuesta en ella ofrecida no fue precisa, por estar basada en información errónea, vicio que no es imputable a la peticionaria, por lo que resultan desproporcionados los efectos adversos que sobre la satisfacción de sus derechos a la pensión y al mínimo vital, tiene la decisión de otorgarle la indemnización sustitutiva y no la pensión de vejez.***³ (Resalta la Sala)

Por lo demás, ello resulta como consecuencia obligada de la trascendental importancia que la jurisprudencia ha reconocido a la labor encomendada por ley a las Administradoras de pensiones, toda vez que son estas las llamadas a materializar el mandato constitucional que en materia de seguridad social consigna la norma superior, y, haciendo hincapié en el aseguramiento de la dignidad humana y el mínimo vital. Es por ello, que se les exigirle de manera rigurosa el cumplimiento de su objeto.

Por lo que, pretender que un trabajador tenga en su custodia información que debe reposar en el ente de seguridad social, no encuentra ningún asidero, ya que, como es bien sabido, los afiliados no tienen en su poder soporte documental, o registro de llamadas telefónicas, con las que se pueda verificar la información suministrada por el asesor del fondo de pensiones al momento de efectuarse el traslado, situación disímil para este tipo de entidades, que están obligados a mantener y conservar el registro documental y en los expedientes administrativos de los afiliados, luego entonces, pretender que el demandante, como parte débil, tenga en su poder este tipo de material probatorio, resulta totalmente desatinado y no es compartido este punto de vista por la Sala.

³ Ibidem.



AFILIACIÓN, COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante prestó sus servicios a la empresa Monomeros Colombo VE entre el 16 de julio de 1986 hasta el 31 de julio de 1997 (fl. 231, medio magnetofónico del expediente administrativo allegado por Colpensiones) y posteriormente se trasladó a Porvenir S.A., el 14 de julio de 1997 (fl. 315) y a partir del 9 de septiembre de 2003 al Fondo de Pensiones Santander (fl. 45, 111 y 122 anverso), entidad que fue absorbida por Protección S.A., corroborándose tal situación con el certificado emitido por Asofondos – registro SIAFP (fl. 123, 313 y 314) fondo este 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.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir S.A. y Protección, tenían 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. 8, 192 y 197).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativo en afirmar que *«... Yo estaba laborando, en esos momentos salía para mi casa, ya había*



entregado turno, en las instalaciones de Monomeros se encontraban unas señoritas de Porvenir, eh las cuales iban intersectando a todo el que iba saliendo, entre esos yo, me dijeron que iban a ser breve, me dijeron que estábamos sobre tiempo, que había una, que tocaba cambiar porque el seguro de social iba a desaparecer...»; en lo atinente a la asesoría indicó que esta duró aproximadamente 15 minutos; que para él resultó ser muy atractivo el hecho de «... salir antes y con muy buen sueldo, me parece que ella se enfocó en decirme eso ...»

Al auscultársele respecto a su dicho indicó que, “Según la ley yo debería de salir a los 62 años, pero vuelvo y le digo era atractivo saber que eran 7 años menos de trabajo duro, no porque no me guste mi trabajo, no porque no quisiera trabajar, era porque yo trabajo en una sustancias altamente peligrosas como el ácido sulfúrico, el olio, el amoniaco, y yo con la cuestión de los turnos, yo generalmente no tengo vida social, y tampoco tengo una vida de familia como todas las personas normales, que llegan a su casa los viernes hasta el domingo, programan sus paseos con sus familias, generalmente yo siempre estaba cansado, siempre venia de trabajar, venía a dormir, entonces para mi definitivamente era una vida más, ósea salir antes era vivir más, ósea un atractivo, un atractivo fundamental”.

La asesora le informó que podía “salir a los 55 años con un muy buena pensión, no con un buen salario, si no con una muy buena pensión”, pero no le dijo el cómo podría obtener o hacerse acreedor a este beneficio.

Que su traslado de Porvenir a Protección obedeció a que, “...yo llegue del trabajo encontré una señorita, señora, señorita, hablando con mi esposa en el lugar de mi de mi vivienda o sea yo vivía en la carrera 38 número 2164 apartamento 102 del bloque E14 multifamiliar se llama los Cocos, yo la encuentro ahí hablando con mi esposa, pienso que es amiga de ella cuando de pronto mi esposa me dice ella te está buscando a ti, pero de qué se trata señorita, señor Ernesto yo vengo de parte del fondo de cesantías Santander, le recuerdo que el fondo de cesantías Santander no recuerdo la palabra muy precisa pero hablaba de absorberlo o de que lo habían vendido a una



firma no sé si es británica, europea algo así se llama ING y ellos quieren una actualización de los datos, los datos, o sea, si cambió el teléfono, si alguien, tiene otra niña, si tiene algo, entonces yo muy bueno tranquila no te preocupes cuéntame de qué se trata y escribiendo y diciendo mi nombre y ella iba, una muchacha iba escribiendo normalmente nombre todo y yo firme ese documento lo firme convencido que era del fondo de cesantías Santander el cual iba a ser absorbido por ING qué después vuelve y lo volvió, después a coger Protección enseguida tanta no sé cuándo pero, pero, inicialmente fue que ellos querían corroborar o actualizar los datos de cada uno de las personas como reposa en el formulario de afiliación, hay un formulario que ellos tienen como de afiliación de actualización de datos o cosas como esa, ahí reposa que yo firme pero vuelvo y le digo ella quería era una actualización o corroboración de los datos míos porque iba a ser absorbido o lo había comprado una empresa que se llama ING”, pero en ningún momento le informaron que estaba diligenciando la solicitud de traslado a otro fondo.

La situación se presentó por cuanto, el demandante, para dicha época tenía cuenta de nómina con el Banco Santander y por ello, creyó lo que le decía la asesora en su momento y no supo que su traslado de fondo había sido materializado, sino hasta cuando, la empresa en la cual laboraba tuvo una crisis financiera y empezó a despedir a su personal, y “...llego a la empresa le preguntó a la señorita encargada recursos humanos que me indique por favor dónde estoy yo afiliado y ella me aclara que yo estoy en protección, entonces yo dije de cuándo acá, ya habían pasado eso fue hace 6 años ya yo había cumplido 52 años y en Protección supuestamente yo me afilié el día que la señorita llegó a mi casa en el año 2003 el 9 de septiembre del año 2003, yo me vengo a enterar hace 6 años, cuando vi que mi compañeros estaban buscando, yo también trate busca y nada, mi empleador me dice que estoy en protección ya había pasado de ING a protección y yo tampoco sabía, que le podría decir yo me puse inicialmente pues como dije tendré los mismos beneficios porque la señorita que ella me dijo que yo a los 55 podía salir me imagino, cómo se rigen por lo mismo imagino que sí voy a lograr lo mismo pero mis compañeros pero me hicieron aterrizar definitivamente, mis compañeros me dijeron que definitivamente yo la había embarrado porque me había quedado un fondo de eso era imposible...”.



La inconformidad del demandante, se centra en que *“yo me siento engañado, no fui informado de la verdad con respecto al salir yo pensionado con muy buena pensión y antes de tiempo, yo pienso que hubieran sido más honestos con uno y no hubieran jugado con ese con ese aspecto que para mí era muy importante, como le decía al principio para mí es muy importante la familia, el hecho de salir antes era disfrutar con ellos cosas que antes no he podido hacer, cosas que antes no podía hacer, o sea mi hija cumple el 2 de octubre y disculpe que le nombre, yo tengo que trabajar ese día de 3 a 11, mi hija es muy importante yo soy muy importante para ella y yo tengo que trabajar, entonces yo le digo para mí, mis ojos se me alegraron y yo enseguida uy como si esta es la oportunidad que yo tengo para salir bien pensionado a muy buen con un buen salario antes de tiempo”*

Sin embargo, no le informó sobre los requisitos para pensionarse en esa época, ni las modalidades para pensionarse, tampoco que se abriría una cuenta de ahorro individual a su nombre y que esta le generaría rendimientos financieros; no hizo alusión la asesora en que, podía tener ganancias pero también pérdidas frente a los aportes realizados; ni que pasaría en caso de fallecimiento, ni lo que pasaría con los aportes efectuados al extinto Instituto de Seguros Sociales.

En lo tocante a los deseos y aspiraciones del demandante, se tiene que, este fue atractivo el hecho que le propusieran pensionarse en forma anticipada, para disfrutar con su familia, sin embargo, también es reiterativo en señalar que la información suministrada no fue completa, veraz y acorde con la realidad de su afiliación, por ello, entabló demanda, con el fin de que fuera revertida su afiliación, al considerar que esta información no se acompasó con su realidad laboral y familiar.

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, pues, pese a que de su declaración de parte se puede constatar que le informaron algunas de las características del RAIS, de dicho medio de



convicción no es posible concluir una asesoría que diera cuenta de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, ni tampoco la manera en como obtendría una mesada pensional, pues si bien, el apoderado de Colpensiones señala que, este no sufre ninguna merma en su capacidad laboral, ni mental, también es cierto, que no es viable pretender que todas las personas comprendan en forma adecuada las normas atinentes al sistema de seguridad social y que conozcan los requisitos legales para obtener una pensión.

Por otro lado, si bien, al demandante, le fue informado que se podría pensionar en forma anticipada y que el monto de su mesada pensional sería muy buena, este no señaló en ningún momento de su declaración, el quantum de la misma y mucho menos, que como lo señala el apoderado en forma sarcástica y despectiva, que este tuviera para dicha calenda la falsa creencia que su mesada sería superior al salario devengado, máxime que, este es reiterativo en señalar que, lo más llamativo para él fue la posibilidad de pensionarse antes de tiempo para departir con su familia y no el monto pensional, luego entonces, el motor principal del traslado no fue el económico, como erradamente lo señala el profesional.

Tampoco se comparte los argumentos esgrimidos por el apoderado de Colpensiones, frente a la imposibilidad de interrogar al demandante, pues en este aspecto, debe precisarse que, el artículo 202 del Estatuto Procesal, en forma clara, regla que, el juez debe excluir del formulario realizado las preguntas que ya han sido contestadas y en el devenir de la diligencia, se verificó que este cumplió con tal preceptiva legal, por otro lado, debe agregarse que tampoco se soslayó el derecho a Colpensiones a que interrogara al señor Fernández, sin embargo, el apoderado prefirió guardar total mutismo frente a la prueba decretada a su favor.



Por lo que, no media 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. y posteriormente Protección S.A., que se traduce 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 no tuviere una expectativa legítima, 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.

Puestas en ese escenario las cosas, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó el sentenciador de primer grado, contrario a lo afirmado por las demandadas, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró al demandante los datos e información suficiente clara y oportuna de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, circunstancia que decanta en la ineficacia de tal acto jurídico.

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por el demandante y se condenó a la devolución de los rendimientos financieros y los descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de la demandada AFP Porvenir, al considerar que la ineficacia de traslado no puede generar tal consecuencia, pues esas deducciones se



encuentran soportadas en la ley y encuentran sustento en la debida administración de la cuenta de ahorro individual de la activa.

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

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

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional 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 AFP apelante al censurar la condena por concepto de devolución de rendimientos, gastos de administración y demás, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para la AFP, de reintegrar tales valores.

Debe recordarse al apoderado de Colpensiones, que lo discutido es la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual y que, en el sub examine, no está resolviendo sobre un derecho pensional, del cual el demandante está informado que puede acceder conforme a las respuestas emitidas por Protección frente a su solicitud de proyección pensional (fl. 110), sin embargo, al estimar que no fue suministrada la información idónea para efectuar tal trámite, decidió entablar el presente proceso, al valorar y hacer estimaciones sobre las consecuencias de tal determinación, ya que como bien lo señala en la alzada, los reconocimientos pensionales son totalmente disímiles entre uno y otro régimen.

Por añadidura, se instará al apoderado de Colpensiones, para que en futuras oportunidades, realice o formule el recurso de alzada, en el marco del respeto que se debe a las diferentes autoridades judiciales y personas intervinientes en el litigio, aún si no se encuentra de acuerdo con los argumentos esgrimidos en la decisión judicial, esto como regla



básica de consideración y los deberes que se tienen, conforme a los postulados del artículo 78 del Estatuto Procesal.

Finalmente, 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. La parte demandada, Colpensiones en la alzada también manifiesta inconformidad en lo referente a las costas impuestas por el *A quo*. Juzga conveniente recordar esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y en caso de que la demanda prospere parcialmente el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada, el Juez de primer grado dispuso en la resolutive condenar a la pasiva, Colpensiones, bajo lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que ordena que la parte vencida debe ser condenada en costas; de tal forma que ejerciendo las facultades otorgadas decidió de manera justificada emitir condena.

Motivo por el cual, se confirma la decisión en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la



Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Porvenir, dadas las resultas del recurso de alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 22 de septiembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ERNESTO RAFAEL FERNÁNDEZ VIVIUS** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de Colpensiones, la AFP Porvenir y Colpensiones, dadas las resultas de la alzada.

TERCERO. INSTAR al apoderado de Colpensiones, para que en futuras oportunidades realice o formule el recurso de alzada, en el marco del respeto que se debe a las diferentes autoridades judiciales e intervinientes en el litigio.



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

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones a favor del demandante, Ernesto Rafael Fernández Vivius en la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$600.000), a cargo de cada una de las entidades relacionadas.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-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-