República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LUZ DARY LOZANO** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA EJÉRCITO NACIONAL – BATALLÓN DE INGENIEROS No. 40 JOSÉ RAMÓN LEYVA DE TOLEMAIDA** (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (31) días del mes de agosto del año dos mil veintidós (2022), 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 en la Ley 2213 de 2022[1]; 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,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora LUZ DARY LOZANO solicita se declare la existencia del contrato de trabajo con la NACIÓN - MINISTERIO DE

[1] *«Artículo 13. **APELACIÓN EN MATERIA LABORAL**. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:*

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

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

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL - BATALLÓN DE INGENIEROS No. 40 JOSÉ RAMÓN LEYVA DE TOLEMAIDA, desde el 26 de enero de 2014 hasta el 8 de agosto de 2017, mediante contrato de trabajo a término indefinido; que en audiencia de conciliación celebrada ante la Inspección de Trabajo de Girardot, la demandada, aceptó la existencia del contrato de trabajo, que fue despedida sin justa causa; que el último salario devengado fue de $1.000.000; que el trabajo era desempeñado de lunes a viernes; que se le adeudan cesantías, intereses de cesantías, primas, vacaciones, horas extras diurnas, indemnización por despido sin justa causa causado al 13 de septiembre de 2017; que se paguen las cesantías, intereses de cesantías, primas, vacaciones, horas extras diurnas causadas a partir del 13 de septiembre de 2017 y hasta cuando se produzca su pago; indemnización por despido sin justa causa desde el 13 de septiembre de 2017 hasta que se efectúe el pago; sanción por no consignación de las cesantías causadas hasta el 13 de septiembre de 2017 y las que se causen con posterioridad; sanción moratoria.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 18 a 20 de las diligencias, que en síntesis advierten, que se desempeñó como trabajadora en el Batallón de Ingenieros No. 40 José Ramón Leyva de Tolemaida desde el 26 de enero de 2014 al 8 de agosto de 2017; que, celebró conciliación ante la Inspección del Trabajo de Girardot, en el que se reconoció la existencia del contrato laboral a término indefinido entre las partes; que fue despedida sin justa causa el 8 de agosto de 2017; que el último salario devengado fue de $1.000.000; que prestaba sus servicios de lunes a viernes; que no le han cancelado las cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones, horas extras diurnas e indemnización por despido sin justa causa causadas hasta el 13 de septiembre de 2017 y hasta la fecha de presentación de la demanda; que le adeudan el pago de la sanción moratoria, sanción por no consignación de las cesantías; que presentó derecho de petición ante el Ministerio de Defensa y este fue desatado por la entidad.

Con auto del 10 de noviembre de 2021, se dio por no contestada la demanda por parte de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional – Batallón de Ingenieros No. 40 José Ramón Leyva de Tolemaida (archivo 11 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 14 de julio de 2022, resolvió; **absolver** a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional Batallón de Ingenieros No. 40 – José María Leyva de Tolemaida de todas las pretensiones incoadas en su contra; **condenó** en costas a la demandante y **ordenó** la consulta de la providencia.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

> *"…encuentra el juzgado que en el presente caso no se demostró que efectivamente la señora demandante desempeñara las actividades que están catalogadas como propias de los trabajadores oficiales vinculados mediante contrato de trabajo, así entonces, el despacho encuentra que al no haberse demostrado la vinculación de la señora demandante mediante contrato de trabajo y que ostentara claramente el carácter de trabajadora oficial aun a pesar de haberse establecido que efectivamente desempeñó las actividades que indica en el batallón de Tolemaida, pues lo cierto es que al no demostrarse su vínculo laboral mediante contrato de trabajo, pues deberá absolverse de las pretensiones que fueron incoadas…."*

CONSULTA

La parte demandante no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4º de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 4 del archivo 001 del expediente digital, en el que, la demandante reclamó ante el Ministerio de Defensa el pago de acreencias laborales.

PROBLEMA JURÍDICO

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 69 del CPL, procede a determinar si entre las partes en contienda existió un contrato de trabajo en calidad de trabajador oficial, en caso afirmativo, determinar si a la demandante le asiste derecho a que la demandada le reconozca y pague las acreencias laborales tales como, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios; las indemnizaciones por despido injustificado y por mora en el pago oportuno de prestaciones sociales a la terminación del vínculo contractual y sanción por no consignación de las cesantías.

DE LA RELACIÓN LABORAL

Con miras a establecer la naturaleza jurídica de la relación laboral que existió entre la demandante y la encartada del 26 de enero de 2014 al 8 de agosto de 2017, es preciso entrar a analizar los preceptos normativos y jurisprudenciales llamados a regular la materia.

Sobre el particular, encontramos que el Ejército Nacional de Colombia, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 217 de la Constitución Política de Colombia, tiene encargada la defensa de la soberanía del territorio Nacional, el orden constitucional, entre otras, encontrándose dicha entidad, dirigida por el Ministerio de Defensa Nacional, el cual, es un organismo central de la administración pública nacional y pertenecer a la Rama Ejecutiva.

A su turno el artículo 125 de la Constitución Nacional, establece que los empleos en "…*los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*"

Al unísono en sentencia emitida por la H. Corte Suprema de Justicia, el 6 de abril de 2001, con radicado No. 15144, *"…Precisa decirse por la Sala que en asuntos como el examinado, en que la demandada es el Ministerio de Defensa Nacional, necesariamente debe considerarse que la condición de trabajador oficial o de empleado público, no depende de que se establezca si hubo o no contrato de trabajo, puesto que aquella condición la determina la ley y no las partes…".*

Luego entonces, al reclamarse la existencia de un vínculo laboral con el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional de Colombia, la controversia se debe dirimir bajo el amparo de las normas que regulan las relaciones de trabajo entre el Ministerio de Defensa y el personal civil, el cual no era otro que, el Decreto 1214 de 1990, sin embargo, tal preceptiva legal fue derogada por el Decreto 1792 del 2000, que modificó el "*Estatuto que regula el Régimen de Administración del Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional, se establece la Carrera Administrativa Especial*" y en el artículo 3°, se clasificó a los servidores públicos:

> *"…Los servidores públicos a los cuales se refiere este Decreto, son empleados públicos que podrán ser de carrera, de período fijo y de libre nombramiento y remoción.*
>
> *Excepcionalmente serán trabajadores oficiales, quienes desempeñen labores de construcción y mantenimiento de obras y equipos aeronáuticos, marinos, de telecomunicaciones; de confección de uniformes y elementos de intendencia; actividades de conducción de aeronaves, motonaves o embarcaciones fluviales y se vincularán mediante contrato de trabajo…"*

Luego entonces, para desatar la controversia suscitada se deberá aplicar el Decreto 1792 de 2000, al reclamarse la existencia de un vínculo contractual entre el 26 de enero de 2014 y el 8 de agosto de 2017, fecha para la cual, ya se encontraba en vigencia la enunciada normativa, sin pasar inadvertido lo dispuesto en el artículo 103 ibídem[2].

> ***"…ARTÍCULO 103. Contrato de trabajo.*** *La vinculación de trabajadores oficiales, en los términos del presente Decreto, se efectuará mediante contratos escritos de trabajo, a término fijo, ocasional o transitorio.*
>
> *Se entiende por contrato a término fijo, aquel cuya duración no sea inferior a tres (3) meses ni superior a doce (12) meses, el cual podrá ser prorrogado por períodos sucesivos hasta de un (1) año, por necesidades del servicio.*
>
> *Se entiende por contrato ocasional o transitorio aquel cuya duración no exceda de tres (3) meses…"*

Ahora bien, conforme a las disposiciones legales señaladas, era la demandante, quien tenía la carga probatoria de demostrar la calidad en la que prestó su fuerza laboral a la convocada a juicio.

Adicionalmente, la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4440 de 2017, M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, rememoró y realizó un estudio de las calidades y cualidades específicas de una labor, para enmarcarla en las funciones de los trabajadores oficiales, y tal pronunciamiento fue reiterado en sentencia SL391 del 10 de febrero de

---

[2] Declarado exequible mediante la sentencia C-757 de 2001

2020, con ponencia del Doctor, Carlos Arturo Guarín Jurado, señaló que,

> ***"...****Lo anterior, deja en evidencia que no es cualquier labor la que da el título de trabajador oficial. La salvedad cobija un sector más exclusivo, vale decir, los servidores que intervienen propiamente en actividades de la construcción, esto es de fabricación, instalación, montaje, desmontaje o demolición de estructuras, infraestructuras (de transporte, energéticas, hidráulicas, telecomunicaciones, etc.) y edificaciones. Así mismo, el sostenimiento de dichas obras, es decir, el conjunto de actividades orientadas a la conservación, renovación y mejora del bien construido, lo cual implica intervenciones para su reparación de base, transformación estructural, garantía de prolongación de su vida útil y engrandecimiento***.***
>
> *La Corte ha sostenido que dichas labores no solo se limitan a los trabajos de «pico y pala», pues existen otras actividades, materiales e intelectuales, que tienen que ver directa e inmediatamente con su ejecución o adecuado desarrollo. Por ejemplo, en algunos casos, ha esgrimido que servidores que realizaron actividades de ingeniero de obras de infraestructura (CSJ SL 3676, 17 dic. 2010), técnico de pavimentos (CSJ SL 36706, 7 sep. 2010), ingeniero analista de pavimentos (CSJ SL 37106, 10 ago. 2010), cocinera de campamento de obras (CSJ SL15079-2014), conductor de transporte liviano de pavimentos (CSJ SL9767-2016), topógrafo (CSJ SL13996-2016), mantenimiento estructural de rellenos sanitarios (CSJ SL2603-2017), son trabajadores oficiales.*
>
> *Pero también ha puntualizado que labores de servicios generales y vigilancia, comunes a todas las entidades, desarrolladas por personal del nivel asistencial de los cuadros permanentes de la administración pública, tales como celaduría, jardinería, aseo general y limpieza, no tienen que ver con la construcción y sostenimiento de obras públicas, pues se trata de ocupaciones de simple colaboración y apoyo a la gestión institucional, y no de fabricación, transformación, intervención, reparación o mantenimiento de infraestructuras o edificaciones (CSJ SL 33556, 24 jun. 2008; CSJ SL, 26 de Oct. 2010, rad. 38114; CSJ SL 42499, 29 ene. 2014, CSJ SL7340-2014, entre otras)"*

Por otro lado, en sentencia SL-15079 de 2014, se indicó que, las labores de cocina, podrían ser catalogadas como de un trabajador oficial, siempre y cuando se encontrara "*relacionado con la construcción, conservación o sostenimiento de una obra pública, tal y como lo ha sostenido la Sala, desde la sentencia CSJ SL-27 feb. 2002, rad. 17729*".

De lo expuesto por nuestro órgano de cierre, y de acuerdo al haz probatorio allegado, en primer lugar, no se tiene un contrato de trabajo

suscrito entre las partes en contienda, sin embargo, fue allegado oficio No. 0918 del 2 de mayo de 2018, en el que, el "*Ejecutivo y Segundo Comandante Batallón de Mantenimiento de Ingenieros No. 40*"[3], le informó sobre el pago de acreencias laborales a su favor.

Por otro lado, se recaudaron las declaraciones de la señora Sandra Isabel Dimas Rodríguez, quien informó conocer a la actora desde el año 2014, cuando iba a visitar a su esposo al Batallón y la vio que prestaba sus servicios como cocinera en el casino.

A su turno Eison Ortegón Rubio, señaló que, conoció a la demandante en el año 2014, al ser trasladado al Batallón de Ingenieros No. 40 y "*ella era la que nos hacia la, la comida en el casino de suboficiales*" y la dejó de ver en el año 2016, cuando nuevamente fue trasladado.

Así las cosas, como quiera que la regla general es que las personas que prestan servicios a la entidad demandada son empleados públicos, hecho que no logró ser desvirtuado por la demandante, los reclamos prestacionales no pueden ser de conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral. En efecto, de conformidad con el estatuto procesal laboral la competencia de la jurisdicción del trabajo refiere a los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo, más no en una en una relación legal o reglamentaria.

De acuerdo con la jurisprudencia transcrita, no es viable reconocer la calidad de trabajador oficial a la demandante y menos aún que esta sea establecida con base en lo dispuesto por las partes, pues, como se vio, se trata de un asunto cuya fuente está contenida en el ordenamiento jurídico colombiano de orden público y que no puede ser variada con base en el desarrollo de la autonomía contractual de las partes y menos

[3] Folio 12 del archivo 01 del expediente digital

aún al tenerse certeza que las labores ejecutadas por la actora, no correspondían a las labores propias de un empleado de la construcción y/o sostenimiento de una obra pública y su labor tampoco estuvo encaminada a sustentar a personas que prestaran sus servicios en la construcción de una obra[4], pues el Ejército Nacional no se dedica a tales oficios.

Con todo, debe en ese sentido recordarse que la promotora del litigio accionó ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral bajo el convencimiento de que era esta la que tenía la competencia para conocer, que en nada impide que después de surtido el proceso, se arribe a la no demostración de la condición de trabajadora oficial y en consecuencia se absuelva de las pretensiones de la demanda. Al tema, la Corte Suprema de Justicia señaló, en fallo del 7 de mayo de 1956:

> "*Cuando en una sentencia al examinar el fondo del litigio, se encuentra no probado el contrato de trabajo sobre el cual se apoya la demandante, no puede resolverse en el sentido de declarar incompetencia de jurisdicción, sino que es necesario absolver al demandado, ya que la competencia por la naturaleza del asunto resulta de la afirmación del demandante en el sentido de que sus acciones tienen apoyo en un contrato laboral, pero de ninguna manera puede someterse la competencia por el aspecto indicado, a las resultas de la litis, y sería contradictorio estudiar el fondo del asunto y determinar que no existió contrato de trabajo, para lo cual se necesita competencia, y luego afirmar que se carece de ella por lo resuelto en su mismo ejercicio*"

Por lo precedentemente expuesto, no puede y en efecto no se abordará en el caso presente el estudio acerca da la convergencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo, como así lo son la actividad personal del trabajador, la remuneración y la existencia de subordinación o dependencia, cuyo análisis debe reservarse al juez natural de la causa, pues de procederse a auscultar en las diligencias los precitados aspectos a sabiendas que la parte actora no lograra acreditar su calidad de

---

[4] Sentencia SL de septiembre de 2004, Radicado 23388

trabajadora oficial, la conclusión positiva acerca de los elementos configurativos de un nexo jurídico de orden laboral, recaería indefectiblemente en una relación legal y reglamentaria, puesto que como se estableció, los servidores de la entidad accionada ostentan por regla general la calidad de empleados públicos, circunstancia que no permitiría decisión de fondo en esta jurisdicción por falta de competencia.

No escapa a la Sala que en este caso, bastaría la afirmación de la demandante desde el inicio, en cuanto que aspiran se declare la existencia de un contrato de trabajo para que se adquiriera competencia, y durante el periplo procesal se estuviera atento a probarse que evidentemente hubo un contrato de trabajo, sin embargo, debe reiterarse, ello fue lo que precisamente aconteció en autos, dándose el trámite procesal pertinente, al punto de llegar a la sentencia, desatándose en el fondo, al no ser viable declarar la existencia del contrato de trabajo, esto es, se reitera, la decisión que se toma en cuanto se absuelve a la accionada, es consecuente con el recaudo probatorio en el sentido que la demandante no pudo acreditar la calidad de trabajadora oficial.

De ésta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por la demandante en el grado jurisdiccional de consulta, y conforme a las motivaciones precedentes se confirmará la sentencia de primer grado.

COSTAS. Se confirman las costas impuestas en primera instancia. Sin costas en esta instancia al conocerse en el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,**

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario instaurado por **LUZ DARY LOZANO** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL – BATALLÓN DE INGENIEROS N° 40.**

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, al conocerse del trámite en el grado jurisdiccional de consulta.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio de la Ley 2213 de 2022.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **CHARITO RIVERA CELIS** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** Y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto del año dos mil veintidós (2022), 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 en la Ley 2213 de 2022[1]*;* se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

---

[1] «***ARTÍCULO 13. 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».*

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **CHARITO RIVERA CELIS** a través de apoderado judicial, pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado del RPM a RAIS a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. en el año 1994. Como consecuencia, ordenar a la AFP Porvenir S.A. retronarla al RPM administrado por Colpensiones, junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración; ordenar a Colpensiones recibirla y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad; se condene a lo que resulta probado *ultra y extra petita* costas y agencias en derecho (fls. 2 y 3 archivo 001 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 a 5 archivo 001 del expediente digital, que en síntesis indican nació el 12 de noviembre de 1965; se afilió al Sistema de Seguridad Social en Pensiones a través del ISS desde marzo de 1990; en el mes de junio de 1994 se afilió a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., porque sus asesores le ofrecieron beneficios superiores a los que podría obtener con el RPMPD al momento de pensionarse, sin embargo, no

le informaron el capital que debía acumular, como tampoco los requisitos para acceder a la pensión de vejez, ni que realizarían inversiones con su capital, junto con los riesgos que ello implicaba y, en general, no le asesoraron de manera comparativa, explicando qué régimen pensional le era más beneficioso de acuerdo a sus condiciones.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, pues no demuestra error, fuerza o dolo al momento del traslado, además, se presume que este fue realizado en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer pagar derechos por fuera del ordenamiento, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones (Archivo 008 del expediente digital).

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** formuló oposición a las pretensiones, al considerar en esencia que, la afiliación del demandante al RAIS es completamente válida, ya que estuvo precedida de una asesoría



oportuna, profesional, informada y con elementos de juicio objetivos, para la toma de una decisión lo más informada posible, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1º del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993 (normativa que contiene el deber de información oponible a las AFP al momento en que se materializó el traslado de régimen pensional), y ajustado a lo dispuesto en el artículo 30 del mismo Decreto, razón por la cual sería improcedente declarar ineficaz este acto jurídico y muchos menos aducir que existió falta de información y buen consejo, ya que este se dio en el marco de las condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe (Archivo 011 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 5 de julio de 2022, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante ante Colpatria S.A. el 3 de junio de 1994, y en consecuencia, declarar que la afiliada nunca se trasladó al RAIS, y por lo mismo, siempre permaneció en el RPM; **ordenar** a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la convocante, por concepto de cotizaciones y

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia; **ordenar** a Colpensiones recibir de Porvenir S.A. todos los valores que hubiere percibido con motivo de la afiliación de la actora por concepto de cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado, así como actualizar su historia laboral; **sin costas** (Archivo de audio 17 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, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado, haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante, las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera instancia, solicitando que *«el Tribunal Superior Sala Laboral modifique dicha decisión en el sentido de que frente a la declaratoria de nulidad e ineficacia de traslado, cuando tiene esta lugar, conforme la jurisprudencia*



base de la sentencia de la Honorable Juez 29, se debe reintegrar la totalidad de las cotizaciones, es decir, recursos cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación a bonos pensionales, si lo hay y, porcentajes destinados a temas de administración, en este punto, en estos términos interpongo mi recurso de apelación (…)».

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los extremos procesales allegaron sus alegaciones finales.

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 4º de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folios 89 a 92 archivo 001 del expediente digital.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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, 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,* el determinar sí, en atención a la ineficacia del traslado declarada, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones se encuentra compelida a consumar las obligaciones imputadas o, si esto comporta una afectación a sus derechos, e igualmente, si la AFP Porvenir S.A. está llamada a hacer la devolución de los descuentos que efectuó sobre la cuenta de ahorro individual de la demandante, por concepto de gastos de administración, comisiones y demás sumas señaladas en la alzada.

Denotando que, ante la carencia de reparo por Porvenir S.A. 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 digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L.,

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

en especial, copia registro civil de nacimiento de la demandante (fls. 19 a 20 archivo 001), copia cédula de ciudadanía parte activa (fl. 21 archivo 001), certificación estado de afiliación expedido por Colpensiones (fl. 22 archivo 001), certificado estado de afiliación emitido por Porvenir S.A. (fls. 23 y 56 archivo 001 y 29 archivo 011), liquidación pensional (fl. 24 archivo 001), reporte de semanas cotizadas emanado de Colpensiones (fls. 25 a 26 archivo 001), historia laboral expedido por Porvenir S.A. (fls. 27 a 34 archivo 001), extracto saldo cuenta de ahorro individual expedida por Porvenir S.A. (fls. 35 a 38 archivo 001), derechos de petición elevados ante las demandadas (fls. 39 a 49 y 107 a 114 archivo 001, 46 a 51 archivo 011), formulario de afiliación a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. (fls. 50 archivo 001, 28 y 52 archivo 011), historia laboral válida para bono pensional (fls. 51 a 55 archivo 001, 53 a 57 y 130 a 133 archivo 011), historia laboral emitida por la AFP Porvenir (fls. 57 a 106 archivo 001, 30 a 44 y 59 a 120 archivo 011), expediente administrativo allegado por Colpensiones (carpeta 009), guía de autoservicios para clientes Porvenir S.A. (fls. 121 a 126 archivo 011), comunicados de prensa (fls. 141 a 143 archivo 011), e interrogatorio de parte rendido por la demandante (Audio 017); probanzas de las cuales se colige, que la señora ROSARIO RIVERA CELIS cuyo nombre fue corregido y/o modificado mediante escritura 9306 del 28 de diciembre de 1993, quedando el mismo como CHARITO RIVERA CELIS (fls. 19 a 20 archivo 001), identificada con cédula de ciudadanía número 63.322.777, elevó aportes al otrora Instituto de Seguros Sociales desde el 27 de marzo de 1990 hasta el 30 de agosto

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de 1994, tal como se advierte de la historia laboral emanada de Colpensiones obrante en el expediente administrativo (carpeta 009 del expediente digital), para luego trasladarse a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., el 3 de junio de 1994 (fl. 50 archivo 001 del expediente digital), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada al subsistema de seguridad social 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 la Juez de Conocimiento se sustentó, entre otras cosas, en la falta de demostración del cumplimiento de los deberes por parte de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., en cuanto a suministrar la información veraz, integral y que atendiera la situación pensional de CHARITO RIVERA CELIS; 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 bajo radicado 68838, últimas dos con ponencia de la H. Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Por manera que, ante la falta de medios de convicción que permitan constatar que la administradora privada de pensiones cumplió con el inexcusable deber de brindar a la afiliada 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 vinculada, previo a surtirse el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, 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 algún efecto, teniendo entonces como única, válida y que produce efectos jurídicos la realizada al otrora Instituto de Seguros Sociales.

Ahora bien, se advierte que Colpensiones peticiona se imponga condena por la devolución atinente a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales contra la AFP demandada, como así lo ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia.

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 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»

En tal virtud, le asiste razón a Colpensiones, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de

la nulidad o ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para las AFP, de reintegrar los valores que recibió a de título descuentos realizados por los gastos de administración, para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora de manera íntegra, con la debida indexación, las cuales deberá asumir de sus propias utilidades, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones.

Motivo por el cual, se modificará la determinación de primer grado, en lo relativo a la devolución de tales conceptos por parte de la AFP Porvenir S.A. para disponer su retorno a Colpensiones.

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

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo.* En esta segunda instancia no se imponen costas, dado el resultado de la alzada.

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 5 de julio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.**, a reintegrar a **COLPENSIONES**, y ésta a su vez a recibir por parte de ella, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora **CHARITO RIVERA CELIS** identificada con la cédula de ciudadanía **63.322.777**, como cotizaciones, rendimientos financieros, sumas adicionales, los descuentos realizados por los gastos de administración, para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora de manera íntegra, con la debida indexación, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia aquí estudiada.

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 de la Ley 2213 de 2022.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARÍA TERESA DE JESÚS BLANCO BERNAL** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto del año dos mil veintidós (2022), 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 en la Ley 2213 de 2022[1]; 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 apoderado sustituto al abogado de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, al abogado MICHAEL CORTAZAR CAMELO, identificado con C.C. No. 1.032.435.292 de Bogotá y portador de la T. P. No.

---

[1] [1] *«Artículo 13. **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»*

289.256 expedida por el C. S. De la Judicatura, conforme al poder allegado vía electrónica.

Acto seguido, el Tribunal procede en forma a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora MARÍA TERESA DE JESÚS BLANCO BERNAL, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, PORVENIR y COLFONDOS, para que previos los trámites procesales pertinentes se declare la ineficacia de la afiliación realizada al RAIS en 1997, 1998, 2000 y 2015 y por tanto, nunca se trasladó del RPM.

Consecuencia de lo anterior, reclama se ordene a COLFONDOS trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros ahorrados en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradora con los rendimientos y demás valores causados con motivo de su afiliación sin descuento por el pago de mesadas pensionales o se llegaren a efectuar, gastos de administración debidamente indexados por el tiempo que la afiliada estuvo en dicha administradora y a Colpensiones a recibir a la demandante con sus ahorros y a actualizar la historia laboral, para reconocer la pensión de vejez teniendo en cuenta las cotizaciones realizadas a dicha entidad y al RAIS y se ordene a Colfondos pagar la diferencia entre las mesadas que le fueren pagadas y las que hubiere correspondido en caso de haber obtenido su pensión de vejez, se paguen las costas y agencias en derecho y se reconozcan los derechos conforme a las facultades ultra y extra petita,

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 4 a 10 del archivo 02 del expediente digital, que en síntesis advierten, que, efectuó aportes al Instituto de Seguros Sociales desde el 31 de octubre de 1985 al 28 de febrero de 1997; que, en el año 1994 suscribió formulario de traslado a Colpatria hoy Porvenir, pero la afiliación nunca se hizo efectiva, realizando el pago de sus aportes al ISS; que en 1997 se trasladó a Porvenir; que le fue informado que su mesada pensional sería superior en el RAIS y que el ISS se liquidaría y debía trasladarse para no perder las cotizaciones efectuadas; que no le fue informado sobre características, riesgos y condiciones para que le fuera reconocida la prestación en el RAIS; que, en 1998 se trasladó a Colfondos, pero esta entidad tampoco informó las características del RAIS, ni condiciones para el reconocimiento de la pensión, riesgos, ventajas y desventajas del sistema; que en el año 2000, se volvió a afiliar a Colpatria hoy Porvenir pero tampoco informó sobre características, condiciones y riesgos de su traslado; que en el 2015 se volvió a afiliar a Colfondos, presentándose la misma omisión anterior; que, presentó reclamación administrativa el 5 de febrero de 2020 y no ha recibido respuesta.

CONTESTACIÓN: **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS,** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que la afiliación a la entidad fue en virtud del derecho a libre escogencia, brindándose información integral y completa respecto a las condiciones del traslado horizontal. Como **excepciones** propuso las 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 administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción

para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (archivo 07 del expediente digital).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, no existe prueba que acredite que a la actora se le hizo incurrir en error y que se está en presencia de un vicio del consentimiento. Como medios **exceptivos** propuso los de 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, innominada o genérica (carpeta 09, documento denominado contestación de demanda).

Con auto del 21 de febrero de 2022, se dio por no contestada la demanda por parte de Porvenir S.A. (archivo 19 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Cuatro (34°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 2 de junio de 2022, en el que, resolvió; **declaró** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante el 18 de febrero de 1997 efectuado a Porvenir y los consecuentes traslados horizontales efectuados; **condenó** a Colfondos a reintegrar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con frutos e intereses o rendimientos causados, sin descontar valores por concepto

de administración; **declaró** no probadas las excepciones propuestas; **condenó** a Colpensiones a recibir los valores provenientes de Colfondos; **condenó** en costas a Porvenir; **absolvió** de las demás pretensiones; **concedió** la consulta a favor de Colpensiones.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

> *"…De esa manera y del acervo probatorio analizado, advierte el despacho que las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad omitieron suministrar información suficiente para que María Teresa de Jesús Blanco Bernal, tomara una decisión de traslado de régimen de manera consiente respecto a las consecuencias jurídicas que ello implicaría. Además, quedó probado que la demandante de forma irresponsable no se le realizó proyección alguna respecto a la expectativa pensional y esa circunstancia conlleva a decir que no se demostró que su actuar hubiere sido diligente, como merece la gestión de las administradoras de fondos de pensiones, resultando engañoso y desprovisto de buena fe, adelantar una tarea de tan pronunciada responsabilidad en las condiciones precarias en que quedó establecido en el debate probatorio…".*

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de **Colpensiones**, reclama que la sentencia debe ser revocada en su integridad, al estimar que no se debe invertir la carga de la prueba, en segundo lugar, que existe ausencia de prueba por parte de las administradoras, respecto al traslado efectuado y está revestido solamente con la voluntad de las partes, y que para la data del negocio jurídico no eran exigibles a ellas; en tercer lugar, considera que se causan perjuicios a la entidad, al no ordenarse la devolución de la totalidad de los aportes realizados y pagados a terceros a favor de la demandante, afectándose la sostenibilidad financiera.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley

2213 de 2022, la parte demandante, Colpensiones y Porvenir presentaron alegaciones de instancia.

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

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

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 124 del archivo 02 del expediente digital.

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, en estricta consonancia con los reparos invocados por la parte demandada en el recurso de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por la señora María Teresa de Jesús Blanco Bernal 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, petición incoada ante Porvenir (fl 62 del archivo 02 del expediente digital); respuesta de Porvenir a solicitud (fl 64 del archivo 02 y fl. 63 del archivo 21 del expediente digital); formulario de afiliación a Colpatria, Porvenir (fl 66 a 69 del archivo 02 del expediente digital); relación de aportes emitido por Porvenir (fl 70 del archivo 02 del expediente digital); petición incoada ante Colfondos y respuesta emitida (fl 80 a 85 del archivo 02 del expediente digital); formulario de afiliación a Colfondos (fl 86 y 87 del archivo 02 y fl. 36 del archivo 07 del expediente digital); reporte de días acreditados (fl 88 a 93 del archivo 02 del expediente digital); reporte estado de cuentas del afiliado ante Colfondos (fl 96 del

archivo 02 del expediente digital); resumen de historia laboral emitido por Cofondos (fl 102 del archivo 02 del expediente digital); historia laboral emitida por Colfondos (fl 102 del archivo 02 del expediente digital); historia laboral para iniciar el proceso de reclamación del bono pensional (fl 110 del archivo 02 del expediente digital); petición incoada ante Colpensiones fl 114 a 124 del archivo 02 del expediente digital); reporte de semanas cotizadas emitida por Colpensiones (fl 125 del archivo 02 del expediente digital); certificado SIAFP (fl 34 del archivo 07 y fl. 36 del archivo 21 del expediente digital); copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 37 del archivo 07 del expediente digital); autorización para el tratamiento de información personal (fl 39 del archivo 07 del expediente digital); expediente administrativo emitido por Colpensiones (carpeta 9, sub carpeta 08.05 Expediente administrativo); historia laboral (carpeta 9, sub carpeta 08.04 Expediente administrativo); relación histórica de movimientos horizonte (fl. 39 del archivo 21 del expediente digital); relación de aportes emitida por Colpensiones (fl. 42 del archivo 21 del expediente digital); historia laboral consolidada emitida por Porvenir (fl. 51 del archivo 21 del expediente digital); certificación laboral emitida por Porvenir (fl. 62 del archivo 21 del expediente digital); formulario de afiliación a Porvenir (fl. 65, 68 del archivo 21 del expediente digital); solicitud de afiliación y traslado a Colpatria (fl. 66, 67 del archivo 21 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:

> *«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 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.° 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.° 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.° 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».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.° 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 9º de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1º del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara 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 símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 31 de octubre de 1985 al 28 de febrero de 1997, tal como se advierte de la historia laboral allegada por Colpensiones al momento de contestar el líbelo introductor[2], para luego trasladarse a Porvenir el 18 de febrero de 1997, realizar un traslado horizontal de Porvenir a Colfondos el 4 de enero de 1998, de allí migrar el 6 de junio de 2000 a Colpatria, el 20 de diciembre de 2002 retornar a Porvenir y finalmente movilizarse a Colfondos el 29 de abril de 2015[3], 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. 67 del archivo 02 y fl. 68 del archivo 21 del expediente digital).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio,

---

[2] Carpeta 9, documento 08.04 Historia Laboral
[3] Folio 67 a del archivo 02 del expediente digital

nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al indicar que se encontraba laborando en Macro Cómputo Colombia y la llamaron a la oficina de recursos humanos, en donde se encontraba el asesor de Porvenir, con la persona de recursos humanos y le dijo que tenía que afiliarse a un fondo privado de pensiones, porque el Seguro Social se iba a liquidar y si no lo hacia las semanas que tenía se iban a perder, que Porvenir contaba con el aval del gobierno y además, la pensión iba a ser más alta, aunque no informaron frente a qué, entidad o régimen operaría y cómo se reconocería este mayor valor, adicionalmente, el asesor le indicó que, si quería podía pensionarse más joven, la entrevista fue individual y perduró por espacio de 10 minutos, le dieron el formulario y lo firmó.

Frente a la asesoría o información brindada por la entidad administradora, indicó que, no le hablaron de cómo se liquidaba la pensión en uno y otro régimen, tampoco le dijeron que hacían con los aportes realizados, ni que se abriría una cuenta a su nombre, el reglamento de la entidad no le fue suministrado y tampoco hicieron un cálculo o proyección de la mesada pensional.

Aunque informó que, indagó al asesor sobre las semanas cotizadas al Seguro Social, leyó el formulario, suministró los datos personales, entregó copia de su cédula y firmó el documento.

Frente a los extractos de la cuenta de ahorro individual, indicó que durante el tiempo que estuvo afiliada a Porvenir no los recibió, que tan solo a partir del año 2015, cuando se trasladó a Colfondos, empezó a recibir esta información.

Que el movimiento efectuado de Porvenir a Colfondos, obedeció a un cambio de empleador, pero no medió asesoría alguna, solamente le fue

presentado el formulario de la entidad, lo suscribió y entregó; sin embargo, en el año 2015 cuando migra a Colfondos otra vez, el asesor se limitó a informarle que dicha administradora tenía mayor rentabilidad que Porvenir.

Por comentarios realizados por compañeros de trabajo decidió averiguar sobre su derecho pensional y en el año 2018 se comunicó con una asesora de Colfondos y esta le hizo un cálculo de la pensión y le informó que dada la edad que tenía para dicha data, no podía retornar al RPM; que no ha solicitado el reconocimiento pensional.

Respecto al formulario suscrito en el año 1994, informó haberlo suscrito, pero nunca se materializó tal traslado, situación, que tal como lo señaló la juez de conocimiento, se demuestra con el reporte de semanas cotizadas emitida por Colpensiones y en la que se pueden vislumbrar las cotizaciones efectuadas por la afiliada hasta el 28 de febrero de 1997, fecha posterior a la suscripción del primer formulario de traslado (1994).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, pues de su declaración no se puede vislumbrar que las convocadas a juicio le hayan informado las características mínimas de los regímenes pensionales, no pudiéndose concluir una asesoría que diera cuenta de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, así como tampoco, de cómo se obtendría el capital necesario para obtener el reconocimiento pensional, el motivo por el cual se debía registrar a los posibles beneficiarios ante cada fondo pensional; ni del derecho de retracto, requisitos que debía cumplir para el reconocimiento pensional, así como tampoco, se le habló de los pagos o aportes que debía realizar por conceptos de seguros, ni la posibilidad de retornar al RPM, previo al

cumplimiento de los 47 años de edad, 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 la sentenciadora de primer grado, contrario a lo afirmado por la demandada, 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 el demandante y se condenó a la devolución de los rendimientos financieros y los descuentos atinentes a los gastos de administración, 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 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*».

En tal virtud, esta Sala considera pertinente adicionar la sentencia, en lo tocante a la devolución de los gastos de administración, primas de los

seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debe precisarse que, la condena o devolución de estos conceptos, surgen como consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para la AFP Colfondos, de reintegrar tales valores, debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, así como bonos pensionales si tuviere y rendimientos financieros, frutos e intereses conforme a lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil y demás rubros que tenga la accionante en su cuenta de ahorro individual[4], 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 a favor de Colpensiones.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le resultó desfavorable de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: «*un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus*» y adicional a ello, ser apelado este punto, por la entidad, por lo que, se adicionará la sentencia en este tópico.

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

Sin lugar a imponer condena en costas, dadas las resultas del recurso de alzada.

---

[4] Sentencia CSJ SL 1055-2022

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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: ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro (34°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 2 de junio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARÍA TERESA DE JESÚS BLANCO BERNAL** contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A y COLFONDOS** en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES**, las cotizaciones recibidas en su integridad, con motivo de la afiliación de la demandante, tales como, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, bono pensional si hubiere, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos y los rendimientos, frutos e intereses y demás rubros que tenga la accionante en su cuenta de ahorro individual.

SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de reproche.

TERCERO. COSTAS. Sin costas en esta instancia dadas las resultas del recurso de alzada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 de la Ley 2213 de 2022.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **CARLOS ALBERTO NIEBLES BORRÁS** CONTRA **HORIZONTAL DE AVIACIÓN S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto del año dos mil veintidós (2022), 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 en la Ley 2213 de 2022[1]; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

AUTO

Por reunir las previsiones del artículo 76 del C.G.P., se acepta la renuncia al poder allegada vía correo electrónico, por el abogado GUILLERMO ANTONIO BAENA EXCAMILLA, quien venía fungiendo como apoderado de la parte demandada.

---

[1] «***ARTÍCULO 13. 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*».

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **CARLOS ALBERTO NIEBLES BORRÁS,** por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra **HORIZONTAL DE AVIACIÓN S.A.S. EN REORGANIZACIÓN**, pretendiendo se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 1° de noviembre de 2015 al 6 de diciembre de 2018, el cual terminó por despido indirecto. En consecuencia, solicita el reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, los aportes a pensión de los meses de enero a marzo y julio a agosto de 2018, así como 6 días del mes de diciembre de símil año, los cuales no fueron realizados de mala fe por la parte pasiva; se condene igualmente, a la indemnización moratoria, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (fls. 3 y 6 cuaderno 1).

Mediante auto del 14 de diciembre de 2021, el Juzgado de Conocimiento decretó la acumulación del presente proceso, con la demanda ordinaria laboral radicada 2018 00066, por existir identidad de partes, mediar pretensiones conexas y encontrarse cada proceso en el mismo estado (Carpeta 07 Cd. 27 cuaderno 1).

En la demanda que compete al proceso 2018 00066, el demandante solicitó condenar a la aquí convocada al reconocimiento y pago de los salarios generados desde el mes de noviembre de 2017, así como las cesantías causadas desde el año 2016, los intereses a las cesantías generados durante los años 2015, 2016 y 2017, la prima correspondiente a diciembre de 2017, dos períodos de vacaciones acumulados, sanción por falta de consignación de cesantías, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (fls. 4 a 5 y 51 a 52 cuaderno 2).

Fundamenta su *petitum* en los supuestos de facto relatados a folios 4 a 6 del cuaderno 1 y 6 a 8, 53 y 54 del cuaderno 2, que en síntesis advierten que, el 1º de noviembre de 2015 fue vinculado por la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido para desempeñar el cargo de Piloto Comercial, devengando un salario de $8.000.000, desde el inicio de la relación laboral. Indica que la demandada no le ha reconocido los salarios causados entre noviembre y diciembre de 2017 y enero de 2018, como tampoco las cesantías de los años 2016 y 2017, los intereses a las cesantías de los años 2015, 2016 y 2017, la prima de diciembre de 2017, ni dos períodos de vacaciones. Añade que es miembro de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles ACDAC, y que goza de la garantía de fuero sindical. Refiere que, si bien fue despedido por la demandada el 28 de marzo de 2016, fue reintegrado por virtud de la sentencia de fecha 12 de agosto de 2016, proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá dentro de la acción especial de fuero sindical 2106 257, la cual, además, fue confirmada por este Tribunal en fallo del 19 de octubre de 2016. Que el 1º de diciembre de 2018, ante el incumplimiento sistemático en el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales por parte del dador del laborío, presentó renuncia motivada, la cual le es imputable a este, siendo aceptada la misma a partir del 7 de diciembre de 2018. Concluye afirmando que a la fecha la encartada no ha efectuado el pago de su liquidación de prestaciones sociales e indemnizaciones.

CONTESTACIÓN: La demandada **HORIZONTAL DE AVIACIÓN S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** contestó el *libelo introductor* aceptando la existencia de la relación laboral y oponiéndose a las demás pretensiones formuladas por la parte actora, aduciendo para el efecto que reconoció y pagó los derechos laborales reclamados, acotando que los retrasos por parte de la empresa se debieron a circunstancias de fuerza mayor debido a la crisis acaecida en el sector generada por la

inestabilidad del mercado y agravada por la suspensión de sus operaciones. Añade que se encuentra admitida en proceso de reorganización, por lo que no cuenta con la facultad legal de realizar pagos hasta tanto los mismos no sean aprobados por el juez del concurso. Indica que a la fecha se encuentra en curso, proceso especial de fuero sindical permiso para despedir, en aras de poder dar por terminado el contrato de trabajo celebrado con el demandante, ante el incumplimiento de sus obligaciones contractuales. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto, buena fe de la empresa, imposibilidad para pagar, compensación, prescripción y la genérica (carpeta 04 cd. a folio 27 cuaderno 1 y folios 67 a 77 cuaderno 2).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 30 de marzo de 2022, resolvió **declarar** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes del 1° de noviembre de 2015 al 6 de diciembre de 2018; **condenar** a la demandada a reconocer y pagar a favor del actor la suma de $49.600.000 por concepto de salarios, $23.466.666,66 a título de cesantías, $496.000 por concepto de intereses a las cesantías, $3.884.266,67 por primas de servicios, $3.733.333 por vacaciones; **condenar** a la demandada al pago de los aportes a seguridad social en pensiones en favor del demandante por los meses de enero a marzo y julio a diciembre de 2018, teniendo como IBC la suma de $8.000.000; **condenar** a la demandada por concepto de indemnización por despido sin justa causa a la suma de $19.199.999; **condenar** a la demandada a la sanción por falta de consignación de cesantías en la suma de $102.933.333; **condenar** en costas a la encartada; **absolver** a la accionada de las demás pretensiones incoadas en su contra; **declarar** no probada la excepción de prescripción (Archivo de audio carpeta 09 cd. a folio 27 cuaderno 1).

Lo anterior por considerar el *A quo* que conforme a lo admitido por las partes en sus interrogatorios y la prueba documental, al demandante solo se le adeudan los salarios de los meses de junio a diciembre de 2018; además, se encuentra aceptado en la contestación de la demanda que al actor se le adeudan las cesantías de los años 2016 y 2018, e igualmente, no se acredita pago de los intereses a las cesantías por los años 2015 al 2018, la prima del segundo semestre de 2018, a la cual debe sumarse el saldo faltante de las primas de 2017 y finalmente, no obra pago de las vacaciones que corresponden al año 2018, por manera que debe fulminarse condena por dichos emolumentos.

Añade que ante la falta de pago de los aportes a seguridad social en pensiones por los ciclos enero a marzo y julio a diciembre de 2018, debe ordenarse su pago por parte de la encartada y con destino a la administradora de pensiones del actor. Aduce que es procedente la indemnización por despido sin justa causa, dado que se encuentran demostrados los motivos que adujo el actor para dar por terminado el contrato de trabajo, esto es, la falta de pago de salarios, falta de pago oportuno de las vacaciones y omisión de pago de prima de servicios. Indica que carece de visos de prosperidad la indemnización moratoria, porque a la data de terminación del contrato de trabajo, la empresa ya se encontraba en proceso de reorganización, y por ende, presentaba imposibilidad para efectuar el pago de las acreencias laborales adeudadas. Concluye indicando que debe accederse a la sanción por falta de consignación de las cesantías, pues la demandada entró en proceso de reorganización hasta marzo de 2018, de suerte que no media justificación para que dejara de consignar las cesantías correspondientes a los años 2016 y 2017 en la oportunidad legal.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **HORIZONTAL DE AVIACIÓN S.A.S**. **EN REORGANIZACIÓN** interpuso recurso de alzada contra la anterior

determinación aduciendo como motivos de disidencia, que su omisión en la consignación de las cesantías se debió a que presentó una incapacidad o imposibilidad de pagar su obligación, que venía acaeciendo desde tiempo previo a la data en que la empresa entró en reorganización, que lo fue el 12 de marzo de 2018, por lo que no puede concluirse su actuar de mala fe, pues conforme a lo dicho en la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión, la falta de consignación de las cesantías obedeció a la condición económica sufrida en las anualidades adeudadas, siendo claro que nunca pretendió vulnerar los derechos laborales del actor, por manera que debe revocarse la condena impuesta a título de sanción por falta de consignación de cesantías.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la parte demandada allegó sus alegaciones finales.

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* las excepciones del *contestatario,* las manifestaciones esbozadas por la Juez de Conocimiento y el recurso de apelación propuesto por la parte accionada, 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 de la alzada[2],

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

el determinar si se configuran los presupuestos para fulminar condena a título de sanción por no consignación de las cesantías a un fondo.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues fue así aceptado por la empresa al contestar el escrito introductor; lo que se constata igualmente de los medios de convicción obrantes en el plenario, analizados bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT, en especial, copia de contrato de trabajo a término indefinido (fls. 9 a 10 cuaderno 1 y 44 a 45 cuaderno 2), carta de renuncia radicada por el actor ante la encartada (fls. 16 a 22 cuaderno 1), comunicación mediante la cual se acepta renuncia (fl. 23 cuaderno 1), certificación laboral (fl. 24 cuaderno 1), certificado emitido por la AFP Porvenir (fl. 15 cuaderno 2), Resolución 0152 del 28 de noviembre de 2016 emitida por el Ministerio del Trabajo (fls. 16 a 22 cuaderno 2), sentencia del 19 de octubre de 2016 proferida por este Tribunal dentro del proceso especial de fuero sindical radicado bajo el número 22 2016 00257 (fls. 23 a 28 cuaderno 2), acta de audiencia celebrada el 12 de agosto de 2016 por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso especial de fuero sindical radicado bajo el número 22 2016 00257 (fls. 29 a 31 cuaderno 2), fallo proferido el 16 de mayo de 2016 por el Juzgado 26 Civil del Circuito dentro de la acción de tutela 2016 00177 (fls. 32 a 37 cuaderno 2), sentencia proferida el 21 de abril de 2016 por el Juzgado 76 Civil Municipal de Bogotá dentro de la acción de tutela 2016 177 (fls. 38 a 43 cuaderno 2), certificados de aportes a seguridad social (fls. 79 a 91 cuaderno 2), comprobantes de transferencias bancarias (fls. 92 a 105 y 109 a 112 cuaderno 2), panilla de pago cesantías (fls. 106 a 108 cuaderno 2), Resoluciones 01438 del 26 de mayo de 2017, 00522 del 27 de febrero de 2018 y 02370 del 13 de agosto de 2018 proferidas por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (fls. 113 a 118 y 129 a 131 cuaderno 2), comunicado emitido por la Superintendencia

de Sociedades de fecha 20 de diciembre de 2017 (fls. 119 a 120 cuaderno 2), auto del 12 de marzo de 2018 emitido por la Superintendencia de Sociedades (fls. 121 a 124 cuaderno 2), acta de posesión del promotor de la demandada (fls. 125 a 126 cuaderno 2), acta de reorganización (fls. 127 a 128 cuaderno 2), extractos cuenta de ahorros (fls. 150 a 170 cuaderno 2), documentales allegadas por el demandante denominadas resumen deuda a la fecha (fls. 171 a 180 cuaderno 2), interrogatorios de parte rendidos por ambas partes (Cd. a folio 27 cuaderno 1 carpeta 09); probanzas de las cuales se colige, que bajo el marco de un contrato a término indefinido, CARLOS ALBERTO NIEBLES BORRAS laboró al servicio de la demandada HORIZONTAL DE AVIACIÓN S.A.S. EN REORGANIZACIÓN, desempeñando el cargo de piloto comercial por el interregno del 1º de noviembre de 2015 al 6 de diciembre de 2018, percibiendo como asignación mensual la suma de $8.000.000, conforme emana de las documentales militantes a folios 9 a 10 y 23 a 24 del cuaderno 1. Supuestos facticos respecto de los cuales no existe controversia en esta segunda instancia, ante la ausencia de reparo por las partes en litigio.

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

SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTIAS

La acreencia laboral que debate la pasiva se encuentra estatuida en el artículo 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»*

Ahora, sobre la demostración de la buena o mala fe, es necesario memorar que tal disertación es derivado de lo previsto en las normas generales de la prueba y el traslado de la misma cuando se presenta una negación indefinida, como es la ausencia de pago, bajo lo reglado en el inciso final del artículo 167 del CGP, siendo precisamente el empleador quien debe demostrar la probidad en el manejo de asuntos de la envergadura que merece el resguardo de los derechos laborales y, con ello, impedir la condena a título de moratoria.

A lo prenotado se suma, que la norma *ejusdem* reclame que le *«incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen»* y, que en aplicación de la carga dinámica de la prueba, le atañe al extremo procesal que se *«consider[e] 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 HORIZONTAL DE AVIACIÓN S.A.S. EN REORGANIZACIÓN, 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 no obra dentro de las diligencias probanza que demostrara diligencia en la consignación de las cesantías oportunamente y que según el *a quo* daban lugar a la sanción, específicamente las reconocidas para el año 2016.

Al punto, no resultan acertadas las manifestaciones de la pasiva al señalar que no contaba con recursos económicos por la difícil situación que atravesaba, pese a reconocer la deuda que la 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 corresponde a una justificación valida 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 remembrar 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 condenar al reconocimiento y pago de sanción relatada, pues como lo manifestó el *a quo*, no es de recibo el argumento que expone la pasiva para liberarse de la pretensión, al desconocer que es el empleador quien tiene la obligación de realizar el pago de las acreencias laborales adeudadas en los términos previstos en la ley, a más que en el presente caso, es claro que el proceso de reorganización de la demandada sólo fue admitido por la Superintendencia de Sociedades mediante auto del 12 de marzo de 2018 (fls. 121 a 124 cuaderno 2), esto es, un año después de la data en la que debió consignar las cesantías generadas a favor del trabajador en el año 2016, es decir, del 14 de febrero de 2017 y, sin que se adelantara gestión alguna a fin de suplir el pago debido a la activa en ese interregno, como sí lo efectuó con otras acreencias laborales, como salarios, primas y cesantías de otras anualidades, según se puede constatar de las documentales visibles a folios 92 a 112 cuaderno 2 de las diligencias

Dimanando entonces en la necesaria confirmación de la sentencia, en la cuantía impuesta por el *A quo,* como quiera que el rubro fulminado no fue materia de apelación

COSTAS

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

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 30 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **CARLOS ALBERTO NIEBLES BORRÁS** contra **HORIZONTAL DE AVIACIÓN S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** radicado 36 2020 00140, al cual fue acumulado el proceso 36 2018 00066, cuyas partes son las mismas, de conformidad 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 demandada.

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 de la Ley 2213 de 2022.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

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 demandada en $600.000.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ELSA GLORIA NELLY RODRÍGUEZ MORALES** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** Y **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** (Ley 2213 de 2022)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de agosto del año dos mil veintidós (2022), 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 en la Ley 2213 de 2022[1]*;* 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 13. 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».*

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora señor **ELSA GLORIA NELLY RODRÍGUEZ MORALES** a través de apoderado judicial, pretende se declare la ineficacia de la afiliación a Colfondos S.A. Como consecuencia, se ordene a Colfondos S.A. a realizar todos los trámites pertinentes para su retorno al RPM administrado por Colpensiones, incluyendo cualquier ingreso que haya recibido derivado de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados y cuotas de administración debidamente indexadas; se ordene a Colpensiones a realizar todos los trámites tendientes a su retorno, convalidando los dineros que reciba por parte de Colfondos S.A.; se condene a las demandadas a lo que resulte probado *ultra y extra petita,* costas y agencias en derecho (fl. 3 archivo 01 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 a 3 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis indican que nació el 1º de septiembre de 1953; realizó cotizaciones en el RPM por un total de 666 semanas, desde el año 1977 hasta octubre de 2002; fue trasladada a Colfondos con efectividad en el mes de noviembre de 2002. Sostiene que no recibió por parte del asesor de la AFP información respecto a los aspectos negativos del RAIS, su funcionamiento, las prestaciones a las que tendría derecho, ni se le realizó una comparación con el sistema público administrado con Colpensiones. Indica que, solicitó el cambio de régimen a las entidades demandadas, peticiones que fueron negadas por ambas.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones, al considerar en esencia que, la afiliación se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a la AFP Colfondos, cumpliendo con los requisitos establecidos por la sentencia C-1024 de 2004 y en la sentencia C-789 de 2002, basadas en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal "e" del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Añade que la demandante solicitó nulidad de traslado de régimen pensional encontrándose afiliada al RAIS, aun cuando se encontraba en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que su requerimiento es ilegal e improcedente, lo que imposibilita a Colpensiones reactivar la afiliación y aceptar el traslado de los aportes realizados por la demandante en el RAIS. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 2001, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada o genérica (Archivo contestación carpeta 05 del expediente digital).

Mediante auto del 18 de febrero de 2022, el Juzgado de Conocimiento tuvo por no contestada la demanda por parte de **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (Archivo 09 del expediente digital).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 22 de junio de 2022, resolvió **absolver** a las demandadas todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda y **condenar** en costas a cargo de la demandante (Archivo de audio 16 del expediente digital).

> Lo anterior por considerar el *A quo* que, conforme a la ley a las administradoras de fondos de pensiones les está vedado rechazar la afiliación de las personas que la solicita, a menos que se encuentren en una prohibición de movilidad de régimen o en los casos previstos en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ora para los beneficiarios del régimen de transición, lo cual no ocurre en el *sub examine*. Indica que conforme al artículo 271 de la normatividad *ejusdem*, debe acreditarse la configuración de uno de los vicios del consentimiento, como el error, la fuerza o el dolo, los cuales no se encuentran demostrados en el presente caso. Agrega que, pese a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, no estamos en presencia de una ineficacia de pleno derecho, es decir, que opere con la simple falta de acreditación del suministro de información suficiente al momento de la afiliación, pues conforme lo ha reseñado recientemente la alta Corporación, en los casos de pensionados del RAIS, es claro que cada caso se debe analizar de manera individual, de acuerdo con los argumentos fácticos y probatorios diversos, los cuales impiden aplicar de manera automática criterios jurisprudenciales. Resalta que es responsabilidad de los afiliados al Sistema General de Pensiones hacerle un seguimiento a su situación pensional, lo cual nunca fue atendido por la demandante, como lo afirmó en su

interrogatorio, por manera que, a lo sumo, podría hablarse de un error de derecho por desconocimiento, que no vicia el consentimiento.

RECURSO DE APELACIÓN: La demandante **ELSA GLORIA NELLY RODRÍGUEZ MORALES**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, en el presente caso no se dio aplicación a la línea jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, según la cual se debe hacer un análisis del derecho en sentido material, en aras de garantizar los derechos fundamentales de los afiliados. Añade que, en el presente proceso a través de Auto del 18 de febrero de 2022 se tuvo por no contestada la demanda por parte de Colfondos, situación que no fue estudiada dentro de la sentencia, al punto que no se dio aplicación a las consecuencias jurídicas consistentes en la presunción de veracidad de los hechos contenidos en el *líbelo demandatorio*.

Sostiene que, en el fallo de primera instancia no se da una aplicación adecuada a la inversión de la carga probatoria, imponiendo así unos deberes y obligaciones al afiliado, pese a que la Corte Suprema de Justicia ha establecido por el contrario que debe hacerse un estudio de los deberes de las administradoras de fondos de pensiones, las cuales no se encuentran en igualdad de condiciones con los afiliados al sistema, por lo que el juicio de reproche siempre será mayor para tales entidades; a más que a los afiliados no se les pueden imponer las consecuencias de terceros.

Aduce que, debe existir una diferenciación entre las ramas del derecho, en el sentido que el juez laboral sí tiene un corte inquisitivo, razón por la cual puede indagar la verdadera situación de lo ocurrido, al estar guiado por principios diferentes. Sostiene que, la Corte Suprema de Justicia en su papel de órgano de cierre ha establecido cuáles son los eventos en los que la ineficacia de la afiliación no puede declararse, esto es, cuando los afiliados ya tienen el carácter de pensionados, situación que no sucede con la demandante en el presente proceso. Concluye advirtiendo que el principio de sostenibilidad financiera tiene un papel orientador en la configuración legislativa, pero no puede ser óbice para negar derechos de los afiliados.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA: Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la parte demandante y la demandada Colpensiones allegaron sus alegaciones finales.

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 4º de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su

cumplimiento con la documental visible a folios 90 a 103 archivo 01 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 por la parte activa, 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 ELSA GLORIA NELLY RODRÍGUEZ MORALES al régimen de ahorro individual administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, 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 digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, documento de identificación de la accionante (fl. 87 archivo 01), certificado de afiliación a Colpensiones (fl. 88 archivo 01), certificado de afiliación a Colfondos (fl. 9 archivo 01), derecho de petición elevado a Colpensiones y a Colfondos (fls. 90 a 103 archivo 01), respuesta emanada de Colpensiones (fls. 114 a 117 archivo 01), tarjeta de afiliación al ICSS (fl. 118 archivo 01), reporte de semanas Colpensiones (fls. 119 a 125 archivo 01), respuesta de Colfondos (fls. 126 a 129 archivo 01), reporte de semanas expedido por Colfondos (fls. 130 a 148 archivo 01), formulario de afiliación ante Colfondos (fl. 154 archivo 01), expediente administrativo allegado por Colpensiones (subcarpeta 7 de la carpeta 05), e interrogatorio de parte rendido por la demandante (Archivo de audio parte 16 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:

> «*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 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:

> *«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.° 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.° 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.° 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».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.° 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 9º de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1º del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de

Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

soportara 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».

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 13 de octubre de 1977 hasta el 31 de octubre de 2002, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (folio 119 archivo 01 del expediente digital), para luego trasladarse a Colfondos S.A., el 19 de septiembre de 2002 (fl. 154 archivo 01 del expediente digital), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada 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 Colfondos 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 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 154 archivo 01 del expediente digital).

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

Denótese como fue clara la demandante en manifestar que se trasladó al RAIS cuando iba a radicar unos documentos en las oficinas de la Rama Judicial, donde la abordó una asesora, quien le indicó que pertenecía a Colfondos en donde se podía afiliar, sin desplegar ninguna actividad de información, más allá de que la sociedad tenía múltiples beneficios y que se encargaría de todos los trámites de vinculación. Agregó que decidió firmar el formulario para asegurar una pensión sin mayores trámites, y si bien especificó que había sido designada Juez de la República, también aclaró que no tenía conocimiento en pensiones, y que en su labor no conoció casos de la legislación laboral (Archivo 16 del expediente digital).

Alusiones que lejos de presentar un panorama de las características, ventajas y desventajas del RAIS, denotan una incipiente información en relación con el régimen, puesto que a la fecha del traslado primigenio, a la demandante no le refirieron siquiera las características del RAIS.

Tampoco es dable concluir que la demandante tenía conocimiento de dicho régimen o del RPM, porque pese a ser abogada, fue clara e indicar que no tenía conocimiento en seguridad social, por lo que dicho tema no es su especialidad.

Puestas así las cosas, el material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, 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 Colfondos 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, tuviere o no una expectativa legítima, o hubiere sido Juez de la República, al ser su obligación, sin distinción, 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.

Por lo anterior, se revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar declarar la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad de la demandante, debido a la falta de información respecto de éste, sin que la vinculación que alguna vez tuvo con el RAIS surta algún efecto, teniendo entonces como única vinculación válida y

que produce efectos jurídicos, la realizada al otrora Instituto de Seguros Sociales.

En igual sentido se emitirá orden de devolución de los descuentos realizados por los gastos de administración, el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora de manera íntegra, con la debida indexación, atendiendo lo que al respecto ha definido la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo:

> «*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 la afiliada se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

DE LA PRESCRIPCIÓN

La entidad Colpensiones convocada a la acción ordinaria laboral elevó como medio exceptivo la nominada prescripción, invocando para el efecto el amplio trascurso del tiempo entre aquel momento de la suscripción del formulario y la solicitud de nulidad.

Sobre el particular preciso es referir que para el *sub examine,* el fenómeno prescriptivo no se rige por el término previsto para la nulidad del acto jurídico propiamente dicho, como lo sostiene el artículo 1750 del Código Civil, ni por las normas especiales estatuidas en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS, pues la connotación del derecho objeto del acuerdo se escapa de dicha naturaleza, y obtiene el nivel de fundamental e imprescriptible.

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

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

COSTAS. Se revoca la decisión que sobre costas impartió el *A quo,* para que en su lugar lo estén a cargo de las administradoras Colfondos S.A. y Colpensiones, liquídense en primera instancia. En esta segunda instancia, sin costas dado el resultado de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en

audiencia pública virtual celebrada el 22 de junio de 2022 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado realizado el 19 de septiembre de 2002, por **ELSA GLORIA NELLY RODRÍGUEZ MORALES** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado a través de la afiliación a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

SEGUNDO: CONDENAR a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, a reintegrar a **COLPENSIONES**, y ésta a su vez a recibir por parte de ella, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de **ELSA GLORIA NELLY RODRÍGUEZ MORALES**, como cotizaciones, rendimientos financieros, sumas adicionales, los descuentos realizados por los gastos de administración, para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora de manera íntegra, con la debida indexación, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a **COLPENSIONES**, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, a recibir nuevamente a **ELSA GLORIA NELLY RODRÍGUEZ MORALES**, teniendo como semanas efectivamente cotizadas por la demandante, todas aquellas que, en el periodo de ausencia por el acto ineficaz, logró cotizar.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el extremo pasivo.

QUINTO: COSTAS. Se revoca la decisión que sobre costas impartió el *A quo,* para que en su lugar lo estén a cargo de las administradoras Colfondos S.A. y Colpensiones, liquídense en primera instancia. En esta segunda instancia, sin costas dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio de la Ley 2213 de 2022.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y FALLO CELEBRADA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ÁNGEL MARÍA SANDOVAL GONZÁLEZ** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.** (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto del año dos mil veintidós (2022), 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 en la Ley 2213 de 2022[1]*;* 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,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **ÁNGEL MARÍA SANDOVAL GONZÁLEZ,** promovió demanda ordinaria laboral a través de apoderada judicial en contra de la

---

[1] «***ARTÍCULO 13. 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».*

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que se condene a la enjuiciada a la reliquidación de su pensión de vejez, con base en lo devengado durante los últimos 10 años, e indexando la primera mesada pensional; asimismo, se condene al reconocimiento del retroactivo causado desde el 6 de marzo de 2016, junto con las diferencias pensionales, los intereses moratorios, la indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (fls. 32 a 33)

Respalda el *petitum* en los hechos visibles a folios 34 y 35 del *paginario,* en los que en síntesis advierte, que nació el 6 de marzo de 1954, motivo por el cual cumplió 60 años el mismo día y mes del año 2014. Aduce que durante toda su vida laboral cotizó un total de 1.657 semanas, por ende, mediante Resolución GNR 312189 del 7 de septiembre de 2014, la demandada le reconoció una pensión de vejez en virtud del Decreto 758 de 1990, desde el 1º de septiembre de 2014, en cuantía inicial de $616.000; no obstante, la liquidación de la prestación no consideró todos los salarios devengados en los últimos 10 años de servicios, como tampoco que el disfrute de la prestación procede desde el 6 de marzo 2014. Indica que mediante Resolución GNR 104223 del 13 de abril de 2016, la convocada reliquidó la prestación, aumentándola en $46.167.

CONTESTACIÓN: La accionada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar en síntesis que, liquidó la prestación debidamente, pues tomó en cuenta las semanas efectivamente cotizadas al ISS; además, la misma comenzó a ser pagada a favor del convocante a fecha de corte de nómina, toda vez que no se reportó su desafiliación al sistema. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas, falta de título y la innominada o genérica. (fl. 52 a 58).

Mediante providencias del 20 de agosto de 2019, 5 de octubre de 2021 y 26 de octubre de 2021, el Juzgado de Conocimiento tuvo como sucesores procesales del accionante a la señora Miriam Alape Yate, a los herederos indeterminados y a los señores William Eduardo, Alexander Cristian y Jonathan Sandoval Alape (fls. 83 cuaderno físico, archivos 18 y 22 del expediente digital).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 22 de junio de 2022, resolvió **declarar** que el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez, con una tasa de reemplazo del 90% y una mesada inicial en cuantía de $732.392,48, a partir del 1º de septiembre de 2014; **condenar** a Colpensiones a pagar el retroactivo por las mesadas pensionales causadas desde el 1º de septiembre de 2014 y hasta que se efectúe su pago, el cual, al 30 de mayo de 2022, asciende $8.988.756,68, y cuya indexación a la fecha asciende a $1.478.749,6 por lo que en total, el retroactivo debidamente indexado corresponde a $10.467.506,36; este pago deberá realizarse de la siguiente manera: El retroactivo causado entre el 1º de septiembre del 2014 y hasta el fallecimiento del actor, esto es, hasta el 7 de agosto de 2016, deberá ser pagado a la sucesión del señor ÁNGEL MARÍA SANDOVAL GONZÁLEZ. Por su parte, el retroactivo causado desde el deceso del actor, es decir, a partir del 8 de agosto de 2016, deberá ser cancelado únicamente a la señora MIRYAM ALAPE YATE, a quien, a partir de dicha data, se le reconoció, la sustitución de la pensión de vejez del señor SANDOVAL GONZÁLEZ, mediante Resolución GNR 304045 del 13 de octubre de 2016; **declarar** no probada la excepción de cobro de lo no debido respecto a los intereses moratorios y no probadas las demás; **autorizar** a Colpensiones reclamar el pago de la cuota parte del tiempo servido en el sector público no cotizado al ISS, a la entidad responsable;

condenar en costas a la parte demandada. (Carpeta 31 archivo de audio 01 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el *A quo,* que si bien el demandante cumplió los requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990, desde el 6 de marzo de 2014, lo cierto es que su última cotización fue realizada el 1° de septiembre de 2014, por manera que el disfrute de la prestación procede desde dicha data, como así lo reconoció Colpensiones, no siendo del caso considerar aportes efectuados con posterioridad, porque el convocante ya tenía la calidad de pensionado. Indica que no es procedente la indexación de la primera mesada pensional, toda vez que entre la fecha de causación de la pensión y la fecha de reconocimiento transcurrió menos de un año, lo cual impidió la pérdida del poder adquisitivo.

Refiere que Colpensiones le otorgó la pensión considerando únicamente las cotizaciones efectuadas al ISS y sin incluir los tiempos servidos a entidades públicas, por manera que atendiendo el nuevo criterio de la Corte Suprema de Justicia, definido en las sentencias SL1947-2020 y SL2555-2020, es procedente reliquidar la prestación incluyendo esos períodos, lo cual implica considerar el total de semanas de 1.670, que dan lugar s liquidar la pensión con una tasa del reemplazo del 90%, sobre el IBL hallado con el promedio de lo cotizado durante toda la vida laboral por serle este más favorable. Concluye que no se encontró probada la excepción de prescripción y que no hay lugar a aplicar los intereses moratorios, dado que lo concedido obedece a la aplicación de un nuevo criterio jurisprudencial, circunstancia que da paso a la indexación de las sumas adeudadas.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, elevó recurso de apelación contra la

anterior determinación, en el que afirma como motivos de disidencia, que *"(…) al demandante no le asiste derecho a la reliquidación de la prestación aplicando la tasa del 90%, como quiera que no acredita 1.250 semanas requeridas para tal fin, cotizadas exclusivamente al Seguro Social, así las cosas, pues al no haber lugar a la pretensión inicial, solicito se nieguen las demás pretensiones".*

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

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

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

RECLAMACION ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, a través del recurso de reposición y en subsidio apelación formulado contra la Resolución GNR312189 del 7 de septiembre de 2014, que obra en el expediente administrativo (carpeta 02 del expediente digital).

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* las manifestaciones esbozadas por la Juez de conocimiento, el recurso de alzada impetrado por Colpensiones y el estudio del grado jurisdiccional

de consulta a favor de la citada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* el dilucidar la viabilidad de reliquidar la pensión de vejez del actor bajo el abrigo del Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta para el efecto, las cotizaciones efectuadas a cajas de previsión social y al ISS hoy Colpensiones, con la inclusión de todos los factores salariales devengados y una tasa de reemplazo del 90%.

STATUS DE PENSIONADO

Al analizar las pruebas allegadas al plenario, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 CPL, en especial, la copia de las Resoluciones GNR 312189 del 7 de septiembre de 2014, GNR 104223 del 13 de abril de 2016, y GNR 304045 del 13 de octubre de 2016 (fls. 14 a 22 y 73 a 75), copia de la cédula de ciudadanía del accionante (fl. 23) reporte de semanas cotizadas en pensiones (fls, 59 a 69), registro civil de defunción del demandante (fl. 79) y expediente administrativo allegado por Colpensiones (Cd. a folio 68); probanzas de las cuales se colige, tal como con acierto lo determinó el *A quo*, que a ÁNGEL MARÍA SANDOVAL GONZÁLEZ le fue reconocida la pensión de vejez mediante Resolución GNR 312189 del 7 de septiembre de 2014, en los términos del Decreto 758 de 1990, en calidad de beneficiario del régimen de transición, a partir del 1º septiembre de 2014, en cuantía inicial de $616.000, para lo cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 75% y se consideraron 1.511 semanas (fls. 14 a 17); dicha prestación fue reliquidada en Resolución VPB 54889 del 31 de julio de 2015, con base en una tasa de reemplazo del 84% y teniendo en cuenta 1.657 semanas, para una primera mesada pensional de $666.801, conforme da cuenta el mentado acto obrante en el expediente administrativo (carpeta 02 del expediente digital); posteriormente, la prestación fue nuevamente reliquidada en Resolución GNR 104223 del 13 de abril de 2016 en cuantía de $669.183 (fls. 14 a

22); finalmente, con ocasión al fallecimiento del demandante, que ocurrió el 7 de agosto de 2016 (fl. 79), Colpensiones reconoció a favor de la señora Myriam Alape Yate, en calidad de compañera, la pensión de sobrevivientes, a partir de la data en mención (fls. 73 a 75); supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia.

RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

Al no existir discrepancia respecto de la calidad de beneficiario del régimen de transición del demandante, resta por establecer sí le asiste derecho al actor a la reliquidación de su pensión, acorde a lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta todos los tiempos que fueron cotizados al entonces ISS por diversos empleadores de naturaleza privada y a la Caja de Previsión Social del Distrito, a través de su empleador EDIS, como se informa en la documental obrante en el expediente administrativo.

Así, en aras de desatar el objeto de la Litis planteada, y en lo que atañe a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, por vía del régimen de transición, considerando para el efecto tiempos cotizados al otrora ISS y los servicios públicos cotizados a cajas de previsión social, o laborados a favor de un empleador de naturaleza pública, ha indicado la Corte Suprema de Justicia en la reciente sentencia SL1947 de 2020 que:

> *«(…) No obstante, ante un nuevo estudio del asunto, la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas.*
>
> *Para modificar tal criterio jurisprudencial, debe destacarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente, en los aspectos definidos por el legislador.*

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Este tipo de regímenes se prevé en los sistemas de seguridad social a fin de que los cambios legislativos en materia pensional no sean abruptos para los ciudadanos, sino que su aplicación sea progresiva y gradual y no se afecten las expectativas legítimas de quienes se encontraban cerca de consolidar los derechos prestacionales. Es el establecimiento de condiciones de transición lo que garantiza la aplicación ultraactiva de la disposición anterior, se reitera, en algunos aspectos definidos por el propio legislador.

Específicamente, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, ***entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.***

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

Lo anterior permite reconocer que, durante su trayectoria profesional, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral y lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro para el acceso a prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que debe contar es el trabajo humano.

La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

En tal dirección, así debe entenderse el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un parágrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este parágrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens.» (Resalta la Sala)

El anterior criterio jurisprudencial, ha sido reiterado por el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en las sentencias SL1981-2020 y SL2523 de 2020, de manera que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas, contrario a lo afirmado en la alzada, dado que en la actualidad dicha interpretación constituye doctrina probable al existir a lo menos 3 pronunciamientos en tal sentido, que no se limita al reconocimiento del derecho pensional, pues la Alta Corporación en sentencia SL2013-2020, reiteró su posición sobre el tema, en un caso similar al aquí estudiado, en el cual se pretendía la reliquidación pensional conforme al Acuerdo 049 de 1990.

Bajo lo anteriores derroteros, al no existir controversia en cuanto a que el demandante le asiste derecho a la pensión de vejez, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, como así lo reconoció la encartada en los diferentes actos administrativos que expidió, es claro que el convocante, tiene derecho a que la liquidación de la prestación incluya todos los tiempos cotizados al ISS y los laborados a favor del sector público, los cuales en este último caso, lo fueron a favor de la EDIS, del 26 de enero de 1983 al 27 de septiembre de 1992, como así se certifica en las documentales obrantes en el expediente administrativo.

Ahora bien, en lo que se refiere a la tasa de reemplazo a aplicar se debe tener en cuenta que 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, 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, considerando la densidad de 1.666,57 semanas, entre las cotizadas al ISS hoy Colpensiones y las aportadas a la Caja de Previsión Social del Distrito (fls. 59 a 69 y carpeta 02 del expediente digital), se concluye que la tasa de reemplazo a aplicar es del 90%, como acertadamente lo consideró la falladora de primera instancia.

En lo que se refiere al Ingreso Base de Liquidación, 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 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 los 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 hiciere 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 hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior actualizado anualmente con base en la variación del Indice 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, dado que los 60 años los cumplió el 6 de marzo de 2014 (fl. 23), la norma llamada a gobernar la forma de liquidar la misma, no es

otra que el artículo 21 *ejesdum*.

Ahora bien, como quiera que el Juzgado de Conocimiento determinó que el promedio más favorable al actor lo era el obtenido con los salarios cotizados durante toda su vida laboral, la Sala se acoge a dicha determinación, toda vez que le está vedado desconocer la liquidación que desmejore las condiciones del trabajador, por ende, procederá a verificar la operaciones efectuadas por el *a quo,* incluyendo todos los tiempos cotizados al ISS y a la Caja de Previsión Social Distrital, junto con los factores salariales referidos en las diferentes certificaciones laborales que obran en el expediente administrativo (carpeta 02 del expediente digital), y que hacen parte de los definidos por el Decreto 1158 de 1994.

Efectuadas las operaciones de rigor, que se anexan a la presente decisión, se obtiene un IBL equivalente a $819.043,28, que el aplicarle una tasa de reemplazo del 90%, arroja una primera mesada pensional equivalente a $737.138,95, la cual resulta levemente superior a la determinada por el Juzgado de Conocimiento, pues este obtuvo una suma de $732.392,48, a partir del 1º de septiembre de 2014; por tanto, es procedente la reliquidación concedida por el *a quo*, como quiera que la mesada reconocida por Colpensiones ascendió a la suma de $669.183; por tanto, se mantendrá incólume el valor definido por el Juzgado de Conocimiento, toda vez que este aspecto se revisa en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Establecido el derecho en cabeza del demandante a la reliquidación pensional, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado por la parte pasiva en la contestación de la demanda, en virtud del grado jurisdiccional de consulta.



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

En el caso puesto a escrutinio de la Sala, se tiene que el demandante solicitó el reconocimiento de la prestación el 22 de abril de 2014, la cual le fue reconocida desde el 1° de septiembre de símil año (fls. 14 a 17); frente a dicho acto administrativo el actor formuló los recursos de reposición y en subsidio apelación, pretendiendo la reliquidación pensional, los cuales fueron desatados a través de las Resoluciones GNR 101377 del 10 de abril de 2015 y VPB 54889 del 31 de julio de 2015, que se observan en el expediente administrativo (carpeta 02 del expediente digital); luego, como la demanda se radicó ante la oficina judicial de reparto el 29 de abril de 2016, diáfano resulta indicar que dicho fenómeno no operó en el presente caso; razón por la cual, acertó el Juzgado de Conocimiento al no declarar probado el medio exceptivo propuesto por la encartada.

DIFERENCIAS PENSIONALES

En aras de revisar y actualizar el valor de las diferencias pensionales reconocidas por el Juzgado de Conocimiento, se tiene que la encartada adeuda por tal concepto desde el 1° de septiembre de 2014 y el 31 de agosto de 2022, la suma de **$7.942.825,15,** correspondiéndole a la sucesión del demandante la suma de **$1.671.549,43**, que se calcula hasta el 6 de agosto de 2016, y a la beneficiaria de la pensión de

sobreviviente la señora, Myriam Alape Yate, el valor de **$6.271.275,72**, calculado desde el 7 de agosto de 2016 hasta el 31 de agosto de 2022.

TABLA MESADA PENSIONAL			
AÑO	IPC	MESADA RECONOCIDA	MESADA RELIQUIDADA
2014	1,94%	$669.183	$ 732.392
2015	3,66%	$693.675	$ 759.198,04
2016	6,77%	$740.637	$ 810.595,75
2017	5,75%	$783.224	$ 857.205,01
2018	4,09%	$815.257	$ 892.264,69
2019	3,18%	$841.183	$ 920.638,71
2020	3,80%	$873.147	$ 955.622,98
2021	1,61%	$887.205	$ 971.008,51
2022	5,62%	$937.066	$ 1.025.579,19

TABLA DIFERENCIAS PENSIONALES CASUADAS ENTRE EL 1 DE SEPTIEMBRE DEL 2014 AL 31 DE AGOSTO DE 2022			
AÑO	DIFERENCIAS	NO. MESADAS	SUBTOTAL
2014	$ 63.209,48	5	$ 316.047,40
2015	$ 65.522,95	13	$ 851.798,31
2016	$ 69.958,85	7,2	$ 503.703,72
Diferencias sucesión			$ 1.671.549,43
2016	$ 69.958,85	5,8	$ 405.761,33
2017	$ 73.981,48	13	$ 961.759,30
2018	$ 77.007,33	13	$ 1.001.095,25
2019	$ 79.456,16	13	$ 1.032.930,08
2020	$ 82.475,49	13	$ 1.072.181,42
2021	$ 83.803,35	13	$ 1.089.443,55
2022	$ 88.513,10	8	$ 708.104,78
Diferencias beneficaria sobrevivientes			$ 6.271.275,72
Total			$ 7.942.825,15

Dichas sumas deberán indexarse desde que cada diferencia se hizo exigible, hasta la fecha en que se efectúe su pago, conforme al fenómeno inflacionario de la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

COSTAS

Se confirma la condena en costas impartida en primera instancia. En esta instancia se imponen costas a cargo de la parte recurrente dada la improsperidad 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 SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública virtual celebrada el 22 de junio de 2022, dentro del proceso ordinario de la referencia, en el sentido de condenar a la demandada a reconocer la diferencias pensionales caudadas desde el 1° de septiembre de 2014 y hasta que se efectúe su pago, el cual al 31 de agosto de 2022, asciende a la suma de **$7.942.825,15**, el cual deberá ser indexado desde que cada diferencia se hizo exigible hasta la fecha de pago; este reconocimiento deberá realizarse de la siguiente manera:

- Las diferencias causadas entre el 1° de septiembre del 2014 y hasta el día anterior al fallecimiento del actor, esto es, hasta el 6 de agosto de 2016, deberá ser pagado a la SUCESIÓN del señor ÁNGEL MARÍA SANDOVAL GONZÁLEZ, en valor de **$1.671.549,43**, debidamente indexado.

- Las diferencias causadas desde el deceso del actor, es decir, a partir del 7 de agosto de 2016, deberá ser cancelado únicamente a la señora MIRYAM ALAPE YATE, en valor de **$6.271.275,72**, junto con las que se sigan causando en lo sucesivo, debidamente indexadas.

SEGUNDO: CONFIMAR en todo lo demás la sentencia impugnada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

TERCERO: COSTAS Se confirma la condena en costas impartida en primera instancia. En esta instancia se imponen costas a cargo de la parte recurrente 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 de la Ley 2213 de 2022.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandada en la suma de $600.000.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA-SALA LABORAL							
Proceso 039 2016 00284 01							
2014	agosto	$ 616.000,00	113,983	102,002	$ 688.354,42	30	$ 1.770,16
	julio	$ 616.000,00	113,983	102,002	$ 688.354,42	30	$ 1.770,16
	junio	$ 616.000,00	113,983	102,002	$ 688.354,42	30	$ 1.770,16
	mayo	$ 616.000,00	113,983	102,002	$ 688.354,42	30	$ 1.770,16
	abril	$ 616.000,00	113,983	102,002	$ 688.354,42	30	$ 1.770,16
	marzo	$ 616.000,00	113,983	102,002	$ 688.354,42	30	$ 1.770,16
	febrero	$ 616.000,00	113,983	102,002	$ 688.354,42	30	$ 1.770,16
	enero	$ 616.000,00	113,983	102,002	$ 688.354,42	30	$ 1.770,16
						240	$ 14.161,24
2013	diciembre	$ 589.500,00	113,983	111,816	$ 600.924,54	30	$ 1.545,32
	noviembre	$ 589.500,00	113,983	111,816	$ 600.924,54	30	$ 1.545,32
	octubre	$ 589.500,00	113,983	111,816	$ 600.924,54	30	$ 1.545,32
	septiembre	$ 589.500,00	113,983	111,816	$ 600.924,54	30	$ 1.545,32
	agosto	$ 589.500,00	113,983	111,816	$ 600.924,54	30	$ 1.545,32
	julio	$ 589.500,00	113,983	111,816	$ 600.924,54	30	$ 1.545,32
	junio	$ 589.500,00	113,983	111,816	$ 600.924,54	30	$ 1.545,32
	mayo	$ 589.500,00	113,983	111,816	$ 600.924,54	30	$ 1.545,32
	abril	$ 589.500,00	113,983	111,816	$ 600.924,54	30	$ 1.545,32
	marzo	$ 589.500,00	113,983	111,816	$ 600.924,54	30	$ 1.545,32
	febrero	$ 589.500,00	113,983	111,816	$ 600.924,54	30	$ 1.545,32
	enero	$ 589.500,00	113,983	111,816	$ 600.924,54	30	$ 1.545,32
						360	$ 18.543,87
2012	diciembre	$ 567.000,00	113,983	109,157	$ 592.067,95	30	$ 1.522,55
	noviembre	$ 132.300,00	113,983	109,157	$ 138.149,19	7	$ 82,89
	septiembre	$ 517.000,00	113,983	109,157	$ 539.857,37	6	$ 277,66
	agosto	$ 860.000,00	113,983	109,157	$ 898.021,93	30	$ 2.309,33
	julio	$ 830.000,00	113,983	109,157	$ 866.695,59	30	$ 2.228,77
	junio	$ 884.000,00	113,983	109,157	$ 923.083,01	30	$ 2.373,78
	mayo	$ 824.000,00	113,983	109,157	$ 860.430,32	30	$ 2.212,66
	abril	$ 830.000,00	113,983	109,157	$ 866.695,59	30	$ 2.228,77
	marzo	$ 786.000,00	113,983	109,157	$ 820.750,28	30	$ 2.110,62
	febrero	$ 836.000,00	113,983	109,157	$ 872.960,85	30	$ 2.244,88
	enero	$ 803.000,00	113,983	109,157	$ 838.501,87	29	$ 2.084,40
						282	$ 19.676,32
2011	diciembre	$ 779.000,00	105,237	102,002	$ 803.706,04	30	$ 2.066,79
	noviembre	$ 703.000,00	105,237	102,002	$ 725.295,69	30	$ 1.865,15
	octubre	$ 654.000,00	105,237	102,002	$ 674.741,65	30	$ 1.735,15
	septiembre	$ 901.000,00	105,237	102,002	$ 929.575,27	30	$ 2.390,47
	agosto	$ 746.000,00	105,237	102,002	$ 769.659,44	30	$ 1.979,24
	julio	$ 746.000,00	105,237	102,002	$ 769.659,44	30	$ 1.979,24
	junio	$ 762.000,00	105,237	102,002	$ 786.166,88	30	$ 2.021,69
	mayo	$ 789.000,00	105,237	102,002	$ 814.023,19	30	$ 2.093,32
	abril	$ 746.000,00	105,237	102,002	$ 769.659,44	30	$ 1.979,24
	marzo	$ 746.000,00	105,237	102,002	$ 769.659,44	30	$ 1.979,24
	febrero	$ 746.000,00	105,237	102,002	$ 769.659,44	30	$ 1.979,24
	enero	$ 745.000,00	105,237	102,002	$ 768.627,72	30	$ 1.976,58
						360	$ 24.045,35



2010	diciembre	$ 715.000,00	113,983	102,002	$ 798.982,81	30	$ 2.054,64
	noviembre	$ 745.000,00	113,983	102,002	$ 832.506,57	30	$ 2.140,85
	octubre	$ 750.000,00	113,983	102,002	$ 838.093,86	30	$ 2.155,22
	septiembre	$ 745.000,00	113,983	102,002	$ 832.506,57	30	$ 2.140,85
	agosto	$ 735.000,00	113,983	102,002	$ 821.331,98	30	$ 2.112,12
	julio	$ 740.000,00	113,983	102,002	$ 826.919,28	30	$ 2.126,49
	junio	$ 745.000,00	113,983	102,002	$ 832.506,57	30	$ 2.140,85
	mayo	$ 708.000,00	113,983	102,002	$ 791.160,60	30	$ 2.034,53
	abril	$ 753.000,00	113,983	102,002	$ 841.446,24	30	$ 2.163,84
	marzo	$ 713.000,00	113,983	102,002	$ 796.747,90	30	$ 2.048,90
	febrero	$ 694.000,00	113,983	102,002	$ 775.516,19	30	$ 1.994,30
	enero	$ 724.000,00	113,983	102,002	$ 809.039,94	30	$ 2.080,51
						360	$ 25.193,10
2009	diciembre	$ 716.000,00	113,983	100	$ 816.118,28	30	$ 2.098,71
	noviembre	$ 697.000,00	113,983	100	$ 794.461,51	30	$ 2.043,02
	octubre	$ 697.000,00	113,983	100	$ 794.461,51	30	$ 2.043,02
	septiembre	$ 677.000,00	113,983	100	$ 771.664,91	30	$ 1.984,39
	agosto	$ 685.000,00	113,983	100	$ 780.783,55	30	$ 2.007,84
	julio	$ 659.000,00	113,983	100	$ 751.147,97	30	$ 1.931,63
	junio	$ 659.000,00	113,983	100	$ 751.147,97	30	$ 1.931,63
	mayo	$ 630.000,00	113,983	100	$ 718.092,90	30	$ 1.846,63
	abril	$ 734.000,00	113,983	100	$ 836.635,22	30	$ 2.151,47
	marzo	$ 674.000,00	113,983	100	$ 768.245,42	30	$ 1.975,60
	febrero	$ 698.000,00	113,983	100	$ 795.601,34	30	$ 2.045,95
	enero	$ 698.000,00	113,983	100	$ 795.601,34	30	$ 2.045,95
						360	$ 24.105,85
2008	diciembre	$ 664.000,00	113,983	92,872	$ 814.935,74	30	$ 2.095,67
	noviembre	$ 616.000,00	113,983	92,872	$ 756.024,72	30	$ 1.944,17
	octubre	$ 570.000,00	113,983	92,872	$ 699.568,33	30	$ 1.798,99
	septiembre	$ 639.000,00	113,983	92,872	$ 784.252,92	30	$ 2.016,77
	agosto	$ 678.000,00	113,983	92,872	$ 832.118,12	30	$ 2.139,85
	julio	$ 664.000,00	113,983	92,872	$ 814.935,74	30	$ 2.095,67
	junio	$ 614.000,00	113,983	92,872	$ 753.570,10	30	$ 1.937,86
	mayo	$ 604.000,00	113,983	92,872	$ 741.296,97	30	$ 1.906,30
	abril	$ 604.000,00	113,983	92,872	$ 741.296,97	30	$ 1.906,30
	marzo	$ 628.000,00	113,983	92,872	$ 770.752,48	30	$ 1.982,05
	febrero	$ 724.000,00	113,983	92,872	$ 888.574,51	30	$ 2.285,04
	enero	$ 686.000,00	113,983	92,872	$ 841.936,62	30	$ 2.165,10
						360	$ 24.273,78
2007	diciembre	$ 572.000,00	113,983	87,869	$ 741.994,06	30	$ 1.908,09
	noviembre	$ 576.000,00	113,983	87,869	$ 747.182,83	30	$ 1.921,44
	octubre	$ 265.000,00	113,983	87,869	$ 343.755,99	14	$ 412,53
	julio	$ 592.000,00	113,983	87,869	$ 767.937,91	30	$ 1.974,81
	junio	$ 592.000,00	113,983	87,869	$ 767.937,91	30	$ 1.974,81
	mayo	$ 363.000,00	113,983	87,869	$ 470.880,85	15	$ 605,45
	mayo	$ 138.000,00	113,983	87,869	$ 179.012,55	7	$ 107,41
	abril	$ 727.000,00	113,983	87,869	$ 943.058,88	30	$ 2.425,15
	marzo	$ 727.000,00	113,983	87,869	$ 943.058,88	30	$ 2.425,15
	febrero	$ 727.000,00	113,983	87,869	$ 943.058,88	27	$ 2.182,63
	enero	$ 727.000,00	113,983	87,869	$ 943.058,88	30	$ 2.425,15
						273	$ 18.362,62



20006	diciembre	$ 684.000,00	113,983	84,103	$ 927.010,59	30	$ 2.383,88
	noviembre	$ 684.000,00	113,983	84,103	$ 927.010,59	30	$ 2.383,88
	octubre	$ 684.000,00	113,983	84,103	$ 927.010,59	30	$ 2.383,88
	septiembre	$ 684.000,00	113,983	84,103	$ 927.010,59	30	$ 2.383,88
	agosto	$ 684.000,00	113,983	84,103	$ 927.010,59	30	$ 2.383,88
	julio	$ 684.000,00	113,983	84,103	$ 927.010,59	30	$ 2.383,88
	junio	$ 683.844,00	113,983	84,103	$ 926.799,17	30	$ 2.383,33
	mayo	$ 683.844,00	113,983	84,103	$ 926.799,17	30	$ 2.383,33
	abril	$ 596.433,00	113,983	84,103	$ 808.332,91	30	$ 2.078,69
	marzo	$ 683.844,00	113,983	84,103	$ 926.799,17	30	$ 2.383,33
	febrero	$ 683.844,00	113,983	84,103	$ 926.799,17	30	$ 2.383,33
	enero	$ 683.844,00	113,983	84,103	$ 926.799,17	30	$ 2.383,33
						360	$ 28.298,63
2005	diciembre	$ 639.494,00	113,983	80,209	$ 908.768,90	30	$ 2.336,97
	noviembre	$ 639.494,00	113,983	80,209	$ 908.768,90	30	$ 2.336,97
	octubre	$ 639.494,00	113,983	80,209	$ 908.768,90	30	$ 2.336,97
	septiembre	$ 639.494,00	113,983	80,209	$ 908.768,90	30	$ 2.336,97
	agosto	$ 639.494,00	113,983	80,209	$ 908.768,90	30	$ 2.336,97
	julio	$ 639.494,00	113,983	80,209	$ 908.768,90	30	$ 2.336,97
	junio	$ 639.494,00	113,983	80,209	$ 908.768,90	30	$ 2.336,97
	mayo	$ 639.494,00	113,983	80,209	$ 908.768,90	30	$ 2.336,97
	abril	$ 570.696,00	113,983	80,209	$ 811.001,78	30	$ 2.085,55
	marzo	$ 390.100,00	113,983	80,209	$ 554.361,33	30	$ 1.425,58
	febrero	$ 639.494,00	113,983	80,209	$ 908.768,90	30	$ 2.336,97
	enero	$ 639.494,00	113,983	80,209	$ 908.768,90	30	$ 2.336,97
						360	$ 26.880,81
2004	diciembre	$ 600.636,00	113,983	76,029	$ 900.476,04	30	$ 2.315,64
	noviembre	$ 600.636,00	113,983	76,029	$ 900.476,04	30	$ 2.315,64
	octubre	$ 600.636,00	113,983	76,029	$ 900.476,04	30	$ 2.315,64
	septiembre	$ 611.170,00	113,983	76,029	$ 916.268,66	30	$ 2.356,25
	agosto	$ 527.341,00	113,983	76,029	$ 790.591,87	30	$ 2.033,07
	julio	$ 514.840,00	113,983	76,029	$ 771.850,32	30	$ 1.984,87
	junio	$ 487.903,00	113,983	76,029	$ 731.466,25	30	$ 1.881,02
	mayo	$ 496.853,00	113,983	76,029	$ 744.884,13	30	$ 1.915,53
	abril	$ 589.422,00	113,983	76,029	$ 883.663,97	30	$ 2.272,41
	marzo	$ 589.422,00	113,983	76,029	$ 883.663,97	30	$ 2.272,41
	febrero	$ 589.422,00	113,983	76,029	$ 883.663,97	27	$ 2.045,17
	enero	$ 589.422,00	113,983	76,029	$ 883.663,97	30	$ 2.272,41
						357	$ 25.980,06
2003	diciembre	$ 547.710,00	113,983	71,395	$ 874.425,79	30	$ 2.248,65
	noviembre	$ 411.094,00	113,983	71,395	$ 656.316,65	30	$ 1.687,77
	octubre	$ 425.474,00	113,983	71,395	$ 679.274,50	30	$ 1.746,81
	septiembre	$ 540.520,00	113,983	71,395	$ 862.946,86	30	$ 2.219,13
	agosto	$ 568.374,00	113,983	71,395	$ 907.416,12	30	$ 2.333,49
	julio	$ 568.374,00	113,983	71,395	$ 907.416,12	30	$ 2.333,49
	junio	$ 568.374,00	113,983	71,395	$ 907.416,12	30	$ 2.333,49
	mayo	$ 568.374,00	113,983	71,395	$ 907.416,12	30	$ 2.333,49
	abril	$ 568.374,00	113,983	71,395	$ 907.416,12	30	$ 2.333,49
	marzo	$ 568.374,00	113,983	71,395	$ 907.416,12	30	$ 2.333,49
	febrero	$ 568.374,00	113,983	71,395	$ 907.416,12	30	$ 2.333,49
	enero	$ 568.374,00	113,983	71,395	$ 907.416,12	30	$ 2.333,49
						360	$ 26.570,27



2002	diciembre	$ 571.876,00	113,983	66,729	$ 976.848,78	30	$ 2.512,04
	noviembre	$ 571.876,00	113,983	66,729	$ 976.848,78	30	$ 2.512,04
	octubre	$ 571.876,00	113,983	66,729	$ 976.848,78	30	$ 2.512,04
	septiembre	$ 571.876,00	113,983	66,729	$ 976.848,78	30	$ 2.512,04
	agosto	$ 571.876,00	113,983	66,729	$ 976.848,78	30	$ 2.512,04
	julio	$ 571.876,00	113,983	66,729	$ 976.848,78	30	$ 2.512,04
	junio	$ 571.876,00	113,983	66,729	$ 976.848,78	30	$ 2.512,04
	mayo	$ 571.876,00	113,983	66,729	$ 976.848,78	30	$ 2.512,04
	abril	$ 571.876,00	113,983	66,729	$ 976.848,78	30	$ 2.512,04
	marzo	$ 571.876,00	113,983	66,729	$ 976.848,78	30	$ 2.512,04
	febrero	$ 571.876,00	113,983	66,729	$ 976.848,78	30	$ 2.512,04
	enero	$ 571.876,00	113,983	66,729	$ 976.848,78	30	$ 2.512,04
						360	$ 30.144,48
2001	diciembre	$ 547.016,00	113,983	61,989	$ 1.005.832,08	30	$ 2.586,57
	noviembre	$ 526.290,00	113,983	61,989	$ 967.721,90	30	$ 2.488,57
	octubre	$ 526.290,00	113,983	61,989	$ 967.721,90	30	$ 2.488,57
	septiembre	$ 544.252,00	113,983	61,989	$ 1.000.749,74	30	$ 2.573,50
	agosto	$ 547.016,00	113,983	61,989	$ 1.005.832,08	30	$ 2.586,57
	julio	$ 547.016,00	113,983	61,989	$ 1.005.832,08	30	$ 2.586,57
	junio	$ 547.016,00	113,983	61,989	$ 1.005.832,08	30	$ 2.586,57
	mayo	$ 547.016,00	113,983	61,989	$ 1.005.832,08	30	$ 2.586,57
	abril	$ 547.016,00	113,983	61,989	$ 1.005.832,08	30	$ 2.586,57
	marzo	$ 546.980,00	113,983	61,989	$ 1.005.765,88	30	$ 2.586,40
	febrero	$ 545.928,00	113,983	61,989	$ 1.003.831,51	30	$ 2.581,43
	enero	$ 540.493,00	113,983	61,989	$ 993.837,84	30	$ 2.555,73
						360	$ 30.793,64
2000	diciembre	$ 507.880,00	113,983	57,002	$ 1.015.572,89	30	$ 2.611,62
	noviembre	$ 507.880,00	113,983	57,002	$ 1.015.572,89	30	$ 2.611,62
	octubre	$ 507.880,00	113,983	57,002	$ 1.015.572,89	30	$ 2.611,62
	septiembre	$ 507.880,00	113,983	57,002	$ 1.015.572,89	30	$ 2.611,62
	agosto	$ 507.880,00	113,983	57,002	$ 1.015.572,89	30	$ 2.611,62
	julio	$ 507.880,00	113,983	57,002	$ 1.015.572,89	30	$ 2.611,62
	junio	$ 507.884,00	113,983	57,002	$ 1.015.580,89	30	$ 2.611,64
	mayo	$ 507.888,00	113,983	57,002	$ 1.015.588,89	30	$ 2.611,66
	abril	$ 507.888,00	113,983	57,002	$ 1.015.588,89	30	$ 2.611,66
	marzo	$ 507.888,00	113,983	57,002	$ 1.015.588,89	30	$ 2.611,66
	febrero	$ 507.888,00	113,983	57,002	$ 1.015.588,89	30	$ 2.611,66
	enero	$ 507.888,00	113,983	57,002	$ 1.015.588,89	30	$ 2.611,66
						360	$ 31.339,69
1999	diciembre	$ 433.061,00	113,983	52,185	$ 945.896,18	30	$ 2.432,44
	noviembre	$ 433.061,00	113,983	52,185	$ 945.896,18	30	$ 2.432,44
	octubre	$ 433.061,00	113,983	52,185	$ 945.896,18	30	$ 2.432,44
	septiembre	$ 425.876,00	113,983	52,185	$ 930.202,63	29	$ 2.312,35
	agosto	$ 433.061,00	113,983	52,185	$ 945.896,18	30	$ 2.432,44
	julio	$ 433.061,00	113,983	52,185	$ 945.896,18	30	$ 2.432,44
	junio	$ 453.145,00	113,983	52,185	$ 989.763,85	8	$ 678,73
	mayo	$ 436.826,00	113,983	52,185	$ 954.119,73	30	$ 2.453,59
	abril	$ 433.061,00	113,983	52,185	$ 945.896,18	30	$ 2.432,44
	marzo	$ 433.061,00	113,983	52,185	$ 945.896,18	30	$ 2.432,44
	febrero	$ 433.061,00	113,983	52,185	$ 945.896,18	30	$ 2.432,44
	enero	$ 425.876,00	113,983	52,185	$ 930.202,63	30	$ 2.392,09
						337	$ 27.296,31



1998	diciembre	$ 348.075,00	113,983	44,716	$ 887.258,09	30	$ 2.281,65
	noviembre	$ 368.550,00	113,983	44,716	$ 939.449,74	30	$ 2.415,87
	octubre	$ 371.280,00	113,983	44,716	$ 946.408,63	30	$ 2.433,76
	septiembre	$ 389.025,00	113,983	44,716	$ 991.641,39	30	$ 2.550,08
	agosto	$ 348.075,00	113,983	44,716	$ 887.258,09	30	$ 2.281,65
	julio	$ 348.075,00	113,983	44,716	$ 887.258,09	30	$ 2.281,65
	junio	$ 348.075,00	113,983	44,716	$ 887.258,09	30	$ 2.281,65
	mayo	$ 362.380,00	113,983	44,716	$ 923.722,15	30	$ 2.375,42
	abril	$ 368.550,00	113,983	44,716	$ 939.449,74	30	$ 2.415,87
	marzo	$ 348.075,00	113,983	44,716	$ 887.258,09	30	$ 2.281,65
	febrero	$ 327.600,00	113,983	44,716	$ 835.066,44	30	$ 2.147,44
	enero	$ 300.263,00	113,983	44,716	$ 765.383,25	30	$ 1.968,24
						360	$ 27.714,93
1997	diciembre	$ 279.093,00	113,983	37,997	$ 837.220,24	30	$ 2.152,98
	noviembre	$ 243.223,00	113,983	37,997	$ 729.617,79	30	$ 1.876,27
	octubre	$ 265.540,00	113,983	37,997	$ 796.564,09	30	$ 2.048,42
	septiembre	$ 270.248,00	113,983	37,997	$ 810.687,10	30	$ 2.084,74
	agosto	$ 270.248,00	113,983	37,997	$ 810.687,10	30	$ 2.084,74
	julio	$ 270.248,00	113,983	37,997	$ 810.687,10	30	$ 2.084,74
	junio	$ 270.248,00	113,983	37,997	$ 810.687,10	30	$ 2.084,74
	mayo	$ 299.576,00	113,983	37,997	$ 898.664,93	30	$ 2.310,98
	abril	$ 309.283,00	113,983	37,997	$ 927.783,88	30	$ 2.385,87
	marzo	$ 270.248,00	113,983	37,997	$ 810.687,10	30	$ 2.084,74
	febrero	$ 270.248,00	113,983	37,997	$ 810.687,10	30	$ 2.084,74
	enero	$ 270.248,00	113,983	37,997	$ 810.687,10	30	$ 2.084,74
						360	$ 25.367,72
1996	diciembre	$ 223.469,00	113,983	31,237	$ 815.432,56	30	$ 2.096,95
	noviembre	$ 223.469,00	113,983	31,237	$ 815.432,56	30	$ 2.096,95
	octubre	$ 223.469,00	113,983	31,237	$ 815.432,56	30	$ 2.096,95
	septiembre	$ 223.647,00	113,983	31,237	$ 816.082,08	30	$ 2.098,62
	agosto	$ 223.826,00	113,983	31,237	$ 816.735,25	30	$ 2.100,30
	julio	$ 223.826,00	113,983	31,237	$ 816.735,25	30	$ 2.100,30
	junio	$ 223.826,00	113,983	31,237	$ 816.735,25	30	$ 2.100,30
	mayo	$ 223.826,00	113,983	31,237	$ 816.735,25	30	$ 2.100,30
	abril	$ 234.422,00	113,983	31,237	$ 855.399,78	30	$ 2.199,73
	marzo	$ 238.747,00	113,983	31,237	$ 871.181,59	30	$ 2.240,31
	febrero	$ 200.504,00	113,983	31,237	$ 731.633,88	30	$ 1.881,45
	enero	$ 172.514,00	113,983	31,237	$ 629.499,10	30	$ 1.618,80
						360	$ 24.730,93
1995	diciembre	$ 131.475,00	113,983	26,147	$ 573.140,89	30	$ 1.473,88
	noviembre	$ 142.507,00	113,983	26,147	$ 621.232,85	30	$ 1.597,55
	octubre	$ 142.507,00	113,983	26,147	$ 621.232,85	30	$ 1.597,55
	septiembre	$ 149.090,00	113,983	26,147	$ 649.930,22	30	$ 1.671,34
	agosto	$ 159.740,00	113,983	26,147	$ 696.356,92	30	$ 1.790,73
	julio	$ 149.090,00	113,983	26,147	$ 649.930,22	30	$ 1.671,34
	junio	$ 149.090,00	113,983	26,147	$ 649.930,22	30	$ 1.671,34
	mayo	$ 165.703,00	113,983	26,147	$ 722.351,51	30	$ 1.857,58
	abril	$ 216.702,00	113,983	26,147	$ 944.672,20	30	$ 2.429,30
	marzo	$ 216.702,00	113,983	26,147	$ 944.672,20	30	$ 2.429,30
	febrero	$ 216.702,00	113,983	26,147	$ 944.672,20	30	$ 2.429,30
	enero	$ 216.702,00	113,983	26,147	$ 944.672,20	30	$ 2.429,30
						360	$ 23.048,50



1994	diciembre	$ 137.940,00	113,983	21,328	$ 737.191,25	4	$ 252,77
	diciembre	$ 98.700,00	113,983	21,328	$ 527.481,34	1	$ 45,22
	noviembre	$ 98.700,00	113,983	21,328	$ 527.481,34	30	$ 1.356,46
	octubre	$ 98.700,00	113,983	21,328	$ 527.481,34	31	$ 1.401,67
	septiembre	$ 98.700,00	113,983	21,328	$ 527.481,34	30	$ 1.356,46
	agosto	$ 98.700,00	113,983	21,328	$ 527.481,34	31	$ 1.401,67
	julio	$ 98.700,00	113,983	21,328	$ 527.481,34	31	$ 1.401,67
	junio	$ 98.700,00	113,983	21,328	$ 527.481,34	30	$ 1.356,46
	mayo	$ 98.700,00	113,983	21,328	$ 527.481,34	31	$ 1.401,67
	abril	$ 98.700,00	113,983	21,328	$ 527.481,34	30	$ 1.356,46
	marzo	$ 107.675,00	113,983	21,328	$ 575.446,34	16	$ 789,23
						265	$ 12.119,74
1992	septiembre	$ 101.230,00	113,983	13,901	$ 830.048,13	21	$ 1.494,17
	agosto	$ 92.213,00	113,983	13,901	$ 756.112,11	31	$ 2.009,21
	julio	$ 66.153,00	113,983	13,901	$ 542.429,85	31	$ 1.441,40
	junio	$ 95.004,00	113,983	13,901	$ 778.997,26	30	$ 2.003,25
	mayo	$ 104.342,00	113,983	13,901	$ 855.565,37	31	$ 2.273,49
	abril	$ 95.004,00	113,983	13,901	$ 778.997,26	30	$ 2.003,25
	marzo	$ 155.693,00	113,983	13,901	$ 1.276.624,36	31	$ 3.392,37
	febrero	$ 92.810,00	113,983	13,901	$ 761.007,28	29	$ 1.891,75
	enero	$ 90.853,80	113,983	13,901	$ 744.967,17	31	$ 1.979,60
						265	$ 18.488,49
1991	diciembre	$ 77.881,00	113,983	10,961	$ 809.881,40	31	$ 2.152,09
	noviembre	$ 243.804,60	113,983	10,961	$ 2.535.314,27	30	$ 6.519,75
	octubre	$ 63.538,60	113,983	10,961	$ 660.735,36	31	$ 1.755,77
	septiembre	$ 72.188,00	113,983	10,961	$ 750.680,12	30	$ 1.930,43
	agosto	$ 70.211,00	113,983	10,961	$ 730.121,38	31	$ 1.940,15
	julio	$ 70.211,00	113,983	10,961	$ 730.121,38	31	$ 1.940,15
	junio	$ 60.326,00	113,983	10,961	$ 627.327,66	30	$ 1.613,22
	mayo	$ 32.648,00	113,983	10,961	$ 339.505,24	31	$ 902,17
	abril	$ 76.142,00	113,983	10,961	$ 791.797,61	30	$ 2.036,17
	marzo	$ 62.303,00	113,983	10,961	$ 647.886,40	31	$ 1.721,63
	febrero	$ 64.280,00	113,983	10,961	$ 668.445,15	28	$ 1.604,36
	enero	$ 78.119,00	113,983	10,961	$ 812.356,35	31	$ 2.158,67
						365	$ 26.274,55
1990	diciembre	$ 70.211,00	113,983	8,281	$ 966.412,32	31	$ 2.568,04
	noviembre	$ 64.280,00	113,983	8,281	$ 884.775,66	30	$ 2.275,27
	octubre	$ 66.257,00	113,983	8,281	$ 911.987,88	31	$ 2.423,42
	septiembre	$ 68.234,00	113,983	8,281	$ 939.200,10	30	$ 2.415,22
	agosto	$ 70.211,00	113,983	8,281	$ 966.412,32	31	$ 2.568,04
	julio	$ 74.165,00	113,983	8,281	$ 1.020.836,76	31	$ 2.712,66
	junio	$ 64.280,00	113,983	8,281	$ 884.775,66	30	$ 2.275,27
	mayo	$ 74.165,00	113,983	8,281	$ 1.020.836,76	31	$ 2.712,66
	abril	$ 30.671,00	113,983	8,281	$ 422.167,93	30	$ 1.085,64
	marzo	$ 74.165,00	113,983	8,281	$ 1.020.836,76	31	$ 2.712,66
	febrero	$ 60.542,00	113,983	8,281	$ 833.324,33	28	$ 2.000,09
	enero	$ 108.798,55	113,983	8,281	$ 1.497.546,81	31	$ 3.979,42
						365	$ 29.728,41



1989	diciembre	$ 49.067,00	113,983	6,566	$ 851.782,49	31	$ 2.263,44
	noviembre	$ 48.408,30	113,983	6,566	$ 840.347,74	30	$ 2.161,02
	octubre	$ 49.067,00	113,983	6,566	$ 851.782,49	31	$ 2.263,44
	septiembre	$ 53.738,00	113,983	6,566	$ 932.869,09	30	$ 2.398,94
	agosto	$ 58.409,00	113,983	6,566	$ 1.013.955,69	31	$ 2.694,38
	julio	$ 67.751,00	113,983	6,566	$ 1.176.128,88	31	$ 3.125,32
	junio	$ 59.966,00	113,983	6,566	$ 1.040.984,55	30	$ 2.676,97
	mayo	$ 55.295,00	113,983	6,566	$ 959.897,96	31	$ 2.550,73
	abril	$ 51.424,00	113,983	6,566	$ 892.699,02	30	$ 2.295,64
	marzo	$ 43.229,95	113,983	6,566	$ 750.453,76	31	$ 1.994,18
	febrero	$ 34.788,00	113,983	6,566	$ 603.905,06	28	$ 1.449,45
	enero	$ 38.451,00	113,983	6,566	$ 667.493,20	31	$ 1.773,73
						365	$ 27.647,24
1988	diciembre	$ 42.301,85	113,983	5,124	$ 941.001,52	31	$ 2.500,52
	noviembre	$ 50.839,44	113,983	5,124	$ 1.130.919,57	30	$ 2.908,25
	octubre	$ 51.065,88	113,983	5,124	$ 1.135.956,71	31	$ 3.018,57
	septiembre	$ 63.381,20	113,983	5,124	$ 1.409.910,09	30	$ 3.625,69
	agosto	$ 41.087,40	113,983	5,124	$ 913.986,17	31	$ 2.428,73
	julio	$ 74.304,00	113,983	5,124	$ 1.652.886,97	31	$ 4.392,21
	junio	$ 40.132,90	113,983	5,124	$ 892.753,38	30	$ 2.295,78
	mayo	$ 55.745,20	113,983	5,124	$ 1.240.047,84	31	$ 3.295,17
	abril	$ 55.048,00	113,983	5,124	$ 1.224.538,68	30	$ 3.148,99
	marzo	$ 41.137,20	113,983	5,124	$ 915.093,96	31	$ 2.431,67
	febrero	$ 97.215,54	113,983	5,124	$ 2.162.552,48	29	$ 5.375,79
	enero	$ 47.959,80	113,983	5,124	$ 1.066.862,19	31	$ 2.834,97
						366	$ 38.256,35
1987	diciembre	$ 36.063,50	113,983	4,132	$ 994.827,18	31	$ 2.643,55
	noviembre	$ 30.922,20	113,983	4,132	$ 853.002,21	30	$ 2.193,56
	octubre	$ 45.342,30	113,983	4,132	$ 1.250.786,88	31	$ 3.323,71
	septiembre	$ 30.522,50	113,983	4,132	$ 841.976,31	30	$ 2.165,21
	agosto	$ 30.129,60	113,983	4,132	$ 831.138,00	31	$ 2.208,58
	julio	$ 40.178,80	113,983	4,132	$ 1.108.349,51	31	$ 2.945,21
	junio	$ 27.170,50	113,983	4,132	$ 749.509,95	30	$ 1.927,42
	mayo	$ 29.820,00	113,983	4,132	$ 822.597,55	31	$ 2.185,88
	abril	$ 18.133,00	113,983	4,132	$ 500.206,62	30	$ 1.286,32
	marzo	$ 33.120,40	113,983	4,132	$ 913.640,50	31	$ 2.427,81
	febrero	$ 34.494,20	113,983	4,132	$ 951.537,37	28	$ 2.283,82
	enero	$ 49.415,88	113,983	4,132	$ 1.363.158,34	31	$ 3.622,31
						365	$ 29.213,38
1986	diciembre	$ 25.978,00	113,983	3,416	$ 866.818,03	31	$ 2.303,39
	noviembre	$ 25.140,00	113,983	3,416	$ 838.856,15	30	$ 2.157,18
	octubre	$ 34.829,35	113,983	3,416	$ 1.162.164,46	31	$ 3.088,21
	septiembre	$ 29.518,60	113,983	3,416	$ 984.958,60	30	$ 2.532,90
	agosto	$ 13.408,00	113,983	3,416	$ 447.389,95	31	$ 1.188,85
	julio	$ 54.344,25	113,983	3,416	$ 1.813.325,72	31	$ 4.818,54
	junio	$ 39.543,10	113,983	3,416	$ 1.319.449,99	30	$ 3.393,07
	mayo	$ 21.204,00	113,983	3,416	$ 707.522,11	31	$ 1.880,09
	abril	$ 23.256,00	113,983	3,416	$ 775.991,99	30	$ 1.995,52
	marzo	$ 21.204,00	113,983	3,416	$ 707.522,11	31	$ 1.880,09
	febrero	$ 19.152,00	113,983	3,416	$ 639.052,23	28	$ 1.533,81
	enero	$ 21.353,60	113,983	3,416	$ 712.513,87	31	$ 1.893,36
						365	$ 28.665,02



1985	diciembre	$ 21.204,00	113,983	2,79	$ 866.270,80	31	$ 2.301,94
	noviembre	$ 20.520,00	113,983	2,79	$ 838.326,58	30	$ 2.155,82
	octubre	$ 24.194,25	113,983	2,79	$ 988.434,84	31	$ 2.626,56
	septiembre	$ 17.550,00	113,983	2,79	$ 716.989,84	30	$ 1.843,79
	agosto	$ 19.305,00	113,983	2,79	$ 788.688,82	31	$ 2.095,78
	julio	$ 18.135,00	113,983	2,79	$ 740.889,50	31	$ 1.968,76
	junio	$ 8.775,00	113,983	2,79	$ 358.494,92	30	$ 921,90
	mayo	$ 18.135,00	113,983	2,79	$ 740.889,50	31	$ 1.968,76
	abril	$ 17.550,00	113,983	2,79	$ 716.989,84	30	$ 1.843,79
	marzo	$ 18.135,00	113,983	2,79	$ 740.889,50	31	$ 1.968,76
	febrero	$ 26.692,54	113,983	2,79	$ 1.090.500,28	28	$ 2.617,35
	enero	$ 16.061,72	113,983	2,79	$ 656.187,47	31	$ 1.743,68
						365	$ 24.056,90
1984	diciembre	$ 16.061,72	113,983	2,359	$ 776.075,89	31	$ 2.062,26
	noviembre	$ 15.543,60	113,983	2,359	$ 751.041,19	30	$ 1.931,36
	octubre	$ 16.061,72	113,983	2,359	$ 776.075,89	31	$ 2.062,26
	septiembre	$ 15.543,60	113,983	2,359	$ 751.041,19	30	$ 1.931,36
	agosto	$ 17.097,92	113,983	2,359	$ 826.143,37	31	$ 2.195,31
	julio	$ 16.061,72	113,983	2,359	$ 776.075,89	31	$ 2.062,26
	junio	$ 15.543,60	113,983	2,359	$ 751.041,19	30	$ 1.931,36
	mayo	$ 16.061,72	113,983	2,359	$ 776.075,89	31	$ 2.062,26
	abril	$ 15.543,60	113,983	2,359	$ 751.041,19	30	$ 1.931,36
	marzo	$ 16.061,72	113,983	2,359	$ 776.075,89	31	$ 2.062,26
	febrero	$ 16.966,51	113,983	2,359	$ 819.793,86	29	$ 2.037,89
	enero	$ 12.496,11	113,983	2,359	$ 603.791,48	31	$ 1.604,45
						366	$ 23.874,40
1983	diciembre	$ 11.058,94	113,983	2,022	$ 623.408,09	31	$ 1.656,58
	noviembre	$ 10.813,68	113,983	2,022	$ 609.582,44	30	$ 1.567,59
	octubre	$ 11.058,94	113,983	2,022	$ 623.408,09	31	$ 1.656,58
	septiembre	$ 11.415,68	113,983	2,022	$ 643.518,03	30	$ 1.654,86
	agosto	$ 11.058,94	113,983	2,022	$ 623.408,09	31	$ 1.656,58
	julio	$ 11.154,46	113,983	2,022	$ 628.792,69	31	$ 1.670,89
	junio	$ 10.192,50	113,983	2,022	$ 574.565,64	30	$ 1.477,54
	mayo	$ 10.532,25	113,983	2,022	$ 593.717,83	31	$ 1.577,68
	abril	$ 10.192,50	113,983	2,022	$ 574.565,64	30	$ 1.477,54
	marzo	$ 10.532,25	113,983	2,022	$ 593.717,83	31	$ 1.577,68
	febrero	$ 11.211,75	113,983	2,022	$ 632.022,21	28	$ 1.516,94
						334	$ 17.490,45
1973	noviembre	$ 1.770,00	113,983	0,225	$ 896.666,27	28	$ 2.152,12
	octubre	$ 930,00	113,983	0,225	$ 471.129,73	31	$ 1.251,93
	septiembre	$ 930,00	113,983	0,225	$ 471.129,73	30	$ 1.211,55
	agosto	$ 930,00	113,983	0,225	$ 471.129,73	31	$ 1.251,93
	julio	$ 930,00	113,983	0,225	$ 471.129,73	31	$ 1.251,93
	junio	$ 930,00	113,983	0,225	$ 471.129,73	30	$ 1.211,55
	mayo	$ 930,00	113,983	0,225	$ 471.129,73	31	$ 1.251,93
	abril	$ 930,00	113,983	0,225	$ 471.129,73	30	$ 1.211,55
	marzo	$ 930,00	113,983	0,225	$ 471.129,73	31	$ 1.251,93
	febrero	$ 930,00	113,983	0,225	$ 471.129,73	28	$ 1.130,78
	enero	$ 930,00	113,983	0,225	$ 471.129,73	31	$ 1.251,93
						332	$ 14.429,12



1972	diciembre	$ 930,00	113,983	0,197	$ 538.092,34	31	$ 1.429,87
	noviembre	$ 930,00	113,983	0,197	$ 538.092,34	30	$ 1.383,75
	octubre	$ 930,00	113,983	0,197	$ 538.092,34	31	$ 1.429,87
	septiembre	$ 930,00	113,983	0,197	$ 538.092,34	30	$ 1.383,75
	agosto	$ 930,00	113,983	0,197	$ 538.092,34	31	$ 1.429,87
	julio	$ 930,00	113,983	0,197	$ 538.092,34	31	$ 1.429,87
	junio	$ 930,00	113,983	0,197	$ 538.092,34	30	$ 1.383,75
	mayo	$ 930,00	113,983	0,197	$ 538.092,34	31	$ 1.429,87
	abril	$ 930,00	113,983	0,197	$ 538.092,34	30	$ 1.383,75
	marzo	$ 930,00	113,983	0,197	$ 538.092,34	31	$ 1.429,87
	febrero	$ 930,00	113,983	0,197	$ 538.092,34	29	$ 1.337,62
	enero	$ 930,00	113,983	0,197	$ 538.092,34	31	$ 1.429,87
						366	$ 16.881,69
1971	diciembre	$ 930,00	113,983	0,173	$ 612.740,98	31	$ 1.628,23
	noviembre	$ 930,00	113,983	0,173	$ 612.740,98	30	$ 1.575,71
	octubre	$ 930,00	113,983	0,173	$ 612.740,98	31	$ 1.628,23
	septiembre	$ 930,00	113,983	0,173	$ 612.740,98	30	$ 1.575,71
	agosto	$ 930,00	113,983	0,173	$ 612.740,98	31	$ 1.628,23
	julio	$ 930,00	113,983	0,173	$ 612.740,98	31	$ 1.628,23
	junio	$ 930,00	113,983	0,173	$ 612.740,98	30	$ 1.575,71
	mayo	$ 930,00	113,983	0,173	$ 612.740,98	31	$ 1.628,23
	abril	$ 930,00	113,983	0,173	$ 612.740,98	30	$ 1.575,71
	marzo	$ 930,00	113,983	0,173	$ 612.740,98	18	$ 945,43
						293	$ 15.389,43
						Total días	11666
						Total semanas	1666,571429
						IBL	$ 819.043,28
						90%	$ 737.138,95

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JOAQUÍN EMILIO SOLANO MURCIA** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** Y **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP.** (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto del año dos mil veintidós (2022), 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 en la Ley 2213 de 2022[1]*;* 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,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **JOAQUÍN EMILIO SOLANO MURCIA**, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral

---

[1] «***ARTÍCULO 13. 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».*

pretendiendo se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A.; como consecuencia, se ordene a la AFP Colfondos S.A. a trasladarlo a Colpensiones junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas en dicha entidad; se ordene a Colpensiones activar su afiliación; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (folios 4 y 5 archivo 02 carpeta 01 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 5 a 7 archivo 02 carpeta 01 del expediente digital, que en síntesis indican que nació el 3 de junio de 1955, motivo por el cual cuenta con 65 años de edad. Aduce que inicialmente cotizó en el Régimen de Prima Media administrado actualmente por Colpensiones, y posteriormente, se afilió al FONCEP, donde cotizó 523 semanas. Que el 14 de septiembre de 1995 se trasladó del FONCEP a Colfondos S.A., atención a la información dada por el asesor de esta última sociedad, quien le dijo que tanto el FONCEP como el ISS serían liquidados y reemplazados por las administradoras de fondos de pensiones. Agrega que la AFP Colfondos no lo asesoró respecto de la posibilidad de retornar al RPM antes que le faltaren 10 años para acceder a la pensión de vejez, tampoco le brindó ninguna asesoría pensional, ni le informó sobre las posibilidades de efectuar un ahorro voluntario. Que solicitó un estudio de su pensión probable, el cual le arrojó un valor de la prestación en el RAIS de $2’220.000, y un valor en Colpensiones de $4’192.498, lo cual comparó con su ingreso base de liquidación de $5’527.233, siendo evidente la diferencia pensional. Indica que no se le informó sobre las ventajas y desventajas del cambio de régimen y, que solicitó el traslado ante Colpensiones, así como la nulidad de su afiliación al RAIS a través de Colfondos S.A., sin embargo, sus requerimientos fueron resueltos en sentido desfavorable.

CONTESTACIÓN: La demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, formuló oposición a las pretensiones que fueron

impetradas en el libelo *genitor,* aduciendo para el efecto que, si se le 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 de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. **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, pago y la innominada o genérica (Archivo 02 carpeta 07 del expediente digital).

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda, al considerar en esencia que, dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del actor; al contrario se observa que las documentales se encuentran acorde a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; igualmente en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, de suerte que no procedería el traslado de régimen pensional, de conformidad con el artículo 2º de la ley 797 de 2003, el cual 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 (Archivo 02 carpeta 08 del expediente digital).

Por su parte, el **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP**, se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, argumentado que no tiene relación alguna respecto de la vinculación al régimen de ahorro individual, escogido por el demandante, mediante formulario dirigido a COLFONDOS S.A, amén que la CAJA DE PREVISION SOCIAL DISTRITAL DE BOGOTA. Añade que el FONCEP en la actualidad no goza de la calidad de administrador de ninguno de los Regímenes que componen el Sistema General de Pensiones, ante lo cual, como Fondo Público de Pensiones Públicas Territoriales, su competencia se circunscribiría a responder por los aportes que se hayan realizado a la extinta Caja de Previsión Distrital al 31 de diciembre de 1995, si a ello hubiere lugar. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó falta de la legitimación en la causa por pasiva de la demandada fondo de prestaciones económicas cesantías y pensiones "FONCEP", competencia de los fondos cajas y entidades territoriales, para el reconocimiento de prestaciones de jubilación –incompetencia de los fondos o cajas para acceder a lo solicitado por el demandante, improcedencia de la vinculación como litisconsorcio necesario procedimiento para el cobro y pago de cuotas partes pensionales y /o del bono pensional para financiar prestaciones pensionales, prescripción de las mesadas pensionales, prescripción y la genérica (Archivo 02 carpeta 09 del expediente digital).

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 28 de junio de 2022, resolvió **declarar** que el traslado que hizo el demandante del RPM al RAIS a través de Colfondos S.A., con efectividad a partir del 1° de enero de 1995 es ineficaz y, por ende, no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que el actor jamás se separó del RPM; **condenar** a Colfondos S.A., a que transfiera al RPM todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos y comisiones por administración, estas últimas debidamente indexadas, sin que le sea dable descontar suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima; **ordenar** a Colpensiones que reciba los dineros provenientes de Colfondos S.A. y que reactive la afiliación del demandante al RPM sin solución de continuidad; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada; **declarar** probada la excepción propuesta por FONCEP denominada falta de legitimación en la causa por pasiva; **informar** a Colpensiones que puede iniciar las actuaciones judiciales en contra de Colfondos S.A.; **condenar** a Colfondos S.A., al pago de las costas a favor del demandante, y a este a favor del FONCEP (Archivo 0 carpeta 16 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 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, entre estas ordenar la remisión de los recursos del actor a

Colpensiones, toda vez que el Foncep no es un administrador del régimen de prima media con prestación definida.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **COLFONDOS S.A.**, interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, no es procedente la condena impuesta a título de gastos de administración y comisiones, junto con la indexación, toda vez que la AFP efectuó una buena gestión sobre los recursos del demandante, al punto que se generaron unos rendimientos que duplicaron su capital, por lo que es claro que no se evidencia ningún perjuicio en contra de este, por el contrario, los frutos superan con creces el valor de las sumas a devolver. Añade que los dineros utilizados para pagar las pólizas de seguros contratados, ya no se encuentran en su poder, al igual que los recursos trasladados al fondo de solidaridad pensional, acotando que dicho fondo debió ser vinculado al proceso, para evitar un enriquecimiento sin justa causa a favor de este. Aduce que carece de visos de prosperidad la condena impuesta, toda vez que la misma atenta contra su patrimonio, aunado al hecho que ha actuado de buena fe y acatando la normatividad vigente.

A su turno, la demandada **COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, el demandante no cumple con los requisitos para que opere el traslado de régimen pensional de acuerdo con los preceptos legales y jurisprudenciales; así mismo, no se acreditó la concurrencia de algún tipo de engaño por parte de la AFP que diera un paso a declarar la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que en las oportunidades legales, el actor nunca manifestó deseo alguno de retractarse de la afiliación efectuada al RAIS, la cual tuvo lugar hace 25 años; en ese orden, indica que el convocante debe asumir las consecuencias legales de su decisión, esto es, regirse por las normas,

procedimientos y requisitos establecidos por el régimen de ahorro individual con solidaridad desde el día en que realizó su traslado.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el demandante y Colpensiones allegaron sus alegaciones finales.

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 4º de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folio 47 a 50 archivo 02 carpeta 01 del expediente digital.

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, 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 JOAQUÍN EMILIO SOLANO

MURCIA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLFONDOS 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.

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 digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, documento de identificación del accionante (fl. 23 archivo 02 carpeta 1), derecho de petición elevado a Colfondos S.A. y su respuesta (fls. 24 a 29 archivo 02 carpeta 01), formulario de afiliación a Colfondos S.A. (fl. 30 archivo 02 carpeta 01), historia laboral consolidada de Colfondos S.A. (fls. 31 a 36 archivo 02 carpeta 01), historia laboral para bono pensional (fls. 37 a 38 archivo 02 carpeta 01), proyección pensional Colfondos S.A. (fl. 39 archivo 02 carpeta 01), afiliación suscrita ante Colpensiones (fl. 40

archivo 02 carpeta 01), respuesta de Colpensiones solicitud traslado régimen (fl. 41 archivo 02 carpeta 01) derecho de petición elevado ante FONCEP y su respuesta (fls. 42 a 46 Archivo 02 carpeta 01), reclamación administrativa ante Colpensiones y su respuesta (fls. 47 a 52 Archivo 02 carpeta 01), proyección mesada pensional RPM (fls 53 a 54 archivo 02 carpeta 01), expediente administrativo allegado por el FONCEP (fls. 68 a 1.809 archivo 02 carpeta 06 y carpeta 13), historia laboral y expediente administrativo allegado por Colpensiones (subcarpetas 05 y 06 de la carpeta 08), e interrogatorio de parte rendido por el demandante (archivo de audio carpeta 16).

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 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.° 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.° 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.° 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».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.° 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 9º de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1º del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara 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 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 el demandante se encontró inicialmente vinculado al Régimen de Prima Media a través de la Caja de Previsión Social Distrital de Bogotá - FONCEP desde el 6 de septiembre de 1985 hasta el 31 de diciembre de 1995, tal como se advierte de la historia laboral válida para bono pensional (fls. 37 a 38 archivo 02 carpeta 01 del expediente digital), para luego trasladarse a la AFP Colfondos S.A. el 14 de septiembre de 1995, según el formulario de afiliación (fl. 30 archivo 02 carpeta 01 del expediente digital), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado 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 Colfondos S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 30 archivo 02 carpeta 01 del expediente digital).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al indicar que se afilió a Colfondos S.A. a raíz de la liquidación de la Caja de Previsión Social del Distrito a la que estaba afiliado, viéndose obligado a trasladarse de fondo. Aseguró que lo visitaron asesores de distintas AFP, explicándole que los fondos eran completamente idóneos, respaldados por empresas del país reconocidas,

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

por lo que el manejo de sus recursos iba a ser el mejor. Indicó que distintos fondos le ofrecieron rendimientos, por tanto, se trasladó por el respaldo de las empresas que se mencionaron. Que vio en sus extractos los rendimientos que ha obtenido; además, a la fecha de traslado no le dijeron nada referente a qué sucedería si fallecía y que desea retornar al RPM porque desea tener derecho a una pensión digna (Archivo de audio carpeta 16 del expediente digital).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante 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 Colfondos 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 la sentenciadora de primer grado, 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, teniendo entonces como única valida y que produce efectos jurídicos la vinculación realizada al otrora Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones .

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Lo anterior, porque a pesar que el actor se encontraba vinculado a la Caja de Previsión Social delDistrito a la fecha de su traslado al RAIS, lo cierto es que existe una imposibilidad en disponer un reintegro de los emolumentos a la mentada entidad por su extinción material y, en la medida que la conclusión de restitución de los valores a Colpensiones, dimana como una consecuencia ineludible por mandato del artículo 52 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 34 del Decreto 692 de 1994, al estatuir como único administrador del régimen solidario de prima media con prestación definida al Instituto de Seguro Social -ISS-, entidad que a su vez fue remplazada por la hoy demandada Colpensiones, pues las cajas, fondos o entidades de previsión social existentes al 31 de marzo de 1994 tienen esa función mientras subsistan, de conformidad con la normatividad *ejusdem*, circunstancia que no ocurre con la Caja de Previsión Social del Distrito, en tanto que como lo informó el propio FOCEP, esta se encuentra liquidada.

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 la demandada Colfondos S.A.

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 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»

En tal virtud, la 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, debidamente indexados, así como descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima o sumas adicionales de la aseguradora, como así lo dispuso el *a quo.*

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

COSTAS

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo.* En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la AFP Colfondos S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a favor del actor, dado el resultado de la 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

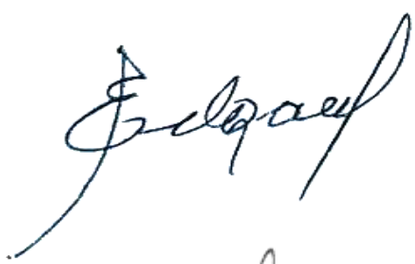
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 28 de junio de 2022 dentro del proceso ordinario laboral seguido por **JOAQUÍN EMILIO SOLANO MURCIA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP**

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

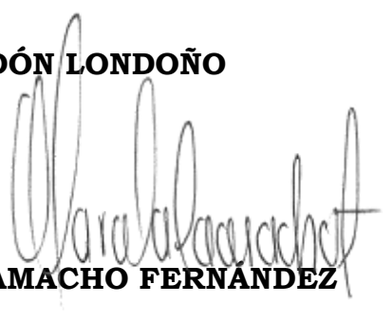
Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio de la Ley 2213 de 2022.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DEL PONENTE

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



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y FALLO CELEBRADA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ADRIANA ROCÍO MARTÍNEZ GÓMEZ** CONTRA LA **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., - FIDUPREVISORA S.A.**, EN CONDICIÓN DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES –CAPRECOM EICE LIQUIDADO**. (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto del año dos mil veintidós (2022), 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 en la Ley 2213 de 2022[1]*;* 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 13. 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».*

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **ADRIANA ROCÍO MARTÍNEZ GÓMEZ** presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **SOCIEDAD FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., -FIDUPREVISORA S.A.**, en condición de vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM EICE LIQUIDADO**, para que previo el trámite de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo realidad, ostentando la calidad de trabajadora oficial, la cual fue terminada por decisión unilateral y sin justa causa por el extremo pasivo, e igualmente, que es beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo 1997-1998; como consecuencia, solicita se condene a la encartada a reconocerle y pagarle las cesantías, los intereses a las cesantías, las vacaciones, prima legal de junio, prima semestral de diciembre, prima de junio convencional, prima de navidad, prima de servicios convencional, prima de vacaciones, auxilio convencional de transporte, prima convencional de retiro, bonificación de recreación convencional; todo ello, por el período comprendido entre el 7 de mayo de 2013 y el 31 de enero de 2016, junto con indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, sanción por falta de consignación de cesantías, indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho, folios 6 a 8.

Respalda el *petitum* en los hechos visibles a folios 8 a 11 del expediente, en los que en síntesis advierte que la Caja de Previsión Social de Comunicaciones –Caprecom, la vinculó a través de sucesivos contratos de prestación de servicios; que la prestación material se extendió desde el 7 de mayo de 2013 al 31 de enero de 2016, siendo suscritos diversos



contratos, sin que en la realidad existiera solución de continuidad y percibiendo una remuneración mensual de $1.792.549. Adujo que siempre desempeñó el cargo de Auxiliar Administrativo en el Área de Referencia y Contrarreferencia para apoyar el proceso de autorizaciones y aseguramiento auditoria de servicios y aseguramiento de la territorial de Bogotá. Agrega que su labor siempre fue desempeñada en las oficinas de la demandada, cumpliendo el horario de 7:00 a.m. a 4:00 pm de lunes a viernes o de 8:00 a.m. a 5:00 pm de lunes a viernes, con las herramientas brindadas por la convocada, quien además, le asignó un correo institucional, esto es, amartinezg@caprecom.gov.co. Indica que en la demandada se constituyó el sindicato Sintracaprecom, el cual tenía el carácter mayoritario, a más que a los trabajadores oficiales de la entidad se les reconocían la totalidad de las prestaciones legales y extralegales que fueron establecidas en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita por este y la entidad. Que nunca se le reconocieron sus derechos laborales legales y extralegales, por manera que agotó la reclamación administrativa el día 16 de agosto de 2018, la cual le fue resuelta en sentido desfavorable.

Mediante auto de fecha 23 de enero de 2020, el Juzgado de Conocimiento tuvo por no contestada la demanda por parte de la SOCIEDAD FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., -FIDUPREVISORA S.A., en condición de vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES –CAPRECOM EICE LIQUIDADO (fl. 119).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Sexto (6º) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 11 de mayo de 2022, resolvió **condenar** a la demandada



PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE CAPRECOM LIQUIDADO, administrado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA, a reconocer a favor de la demandante la suma de $4’010.700 por concepto de cesantías, la suma de $2’005.350 por concepto de vacaciones, la suma de $2’081.751 por concepto de prima de vacaciones, la suma de $5’736.192 por concepto de indemnización por despido injusto, la suma diaria de $59.752 por concepto de indemnización moratoria causada desde el 1º de mayo de 2016 y hasta la fecha de liquidación definitiva de la entidad demandada ocurrida el 27 de enero de 2017, la cual asciende a la suma de $15’953.686, la suma de $32’969.313 por concepto de sanación por falta de consignación de cesantías; **absolver** de las demás pretensiones de la demanda; **condenar** en costas a la convocada (Cd. a folio 138).

> Lo anterior por considerar el *a quo* que conforme a las pruebas documentales aportadas y las testimoniales recaudadas en las diligencias, se pudo constatar la prestación de los servicios por parte de la activa, del 7 de mayo de 2013 al 31 de enero de 2016, lo cual dio paso a la presunción legal de que trata el articulo 20 del decreto 2127 de 1945, misma que no se encuentra desvirtuada por la demandada, concluyendo la existencia de una sola relación laboral en el interregno anotado, por cuanto entre los contratos de prestación de servicios mediaron breves interrupciones, inferiores a un mes.
>
> Acotó que lo concluido se refuerza en la prueba testimonial, según la cual, la demandante desempeñó las funciones de auxiliar de referencia y contrarreferencia atendiendo un horario de trabajo, bajo los lineamientos e instrucciones de sus jefes inmediatos, todo ello en las instalaciones de la entidad, con las herramientas de trabajo suministradas por esta, por manera que ha accederse a lo solicitado; no obstante, no ha de aplicarse la Convención Colectiva de Trabajo, en tanto se allegó la copia simple de la que corresponde a los años

1996 a 1998, la cual no aporta certeza al Despacho sobre la existencia de acuerdos posteriores, circunstancia que debió ser demostrada por la demandante, lo que implica el reconocimiento de las prestaciones reclamadas pero únicamente de orden legal.

Indica que es procedente el reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, dado que las partes en realidad se encontraron atadas por un contrato de trabajo a término indefinido, y la terminación del plazo pactado por estas, no constituye una justa causa del finiquito, a la luz del artículo 7° del Decreto 2751 de 1.965. Aduce que no se encuentra demostrada la buena fe de la convocada, quien vinculó a la activa a través de diversos contratos de prestación de servicios, mediante los cuales en verdad se ocultó la real relación que se advirtió en el proceso, por tanto, debe accederse a la indemnización moratoria pasados 90 días después del finiquito y hasta el día de liquidación definitiva de la entidad demandada. Negó la prima de servicios por no existir norma para su reconocimiento a favor de los trabajadores oficiales de empresas industriales y comerciales del estado, criterio que también hizo extensivo a los intereses a las cesantías. Finalmente, accedió a la sanción por falta de consignación de cesantías reclamada en la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandante **ADRIANA ROCÍO MARTÍNEZ GÓMEZ interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación** aduciendo como motivos de disidencia, que contrario a lo definido por el Juzgado de Conocimiento es procedente reconocer los beneficios convencionales, puesto que la autoridad judicial ha incurrido en una indebida interpretación de la norma sustantiva que establece la forma de probar aquéllos derechos, dado que en el caso analizado se allegó la Convención Colectiva de Trabajo vigente entre 1996 y 1998 con la

debida constancia de depósito, como así lo observó el *a quo* en los folios 24 a 30, de manera que la parte activa sí cumplió con lo previsto en el artículo 167 del CGP, sin que pueda perderse de vista que la propia ley prevé que la Convención tiene una vigencia de 2 años, la cual es susceptible de denuncia por la organización sindical o por la empresa, y en caso que ello no tenga lugar, la misma es objeto de prórrogas sucesivas; de suerte que era a la parte demandada a quien correspondía negar y demostrar la vigencia de la Convención Colectiva aportada.

A su turno, la demandada **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., - FIDUPREVISORA S.A.**, en condición de vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES –CAPRECOM EICE LIQUIDADO**, formuló recurso de apelación, aduciendo como motivos de disidencia que se efectuó una indebida valoración de los contratos de prestación de servicios arrimados a las diligencias, pues los mismos fueron firmados por las partes ante su aceptación, sin que la demandante elevara inconformidad, por manera que desconocer su existencia implicaría el desconocimiento de los actos propios. Agrega que la demandante, además de suscribir los contratos, los ejecutó, de suerte que su actuar va en contra de la buena fe, en tanto pretende su desconocimiento, pese a que no efectuó ninguna manifestación durante su desempeño.

Indica que la consideración de la juez en torno a la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, contraría el plazo pactado por las partes, pero en caso de persistir la condena por la indemnización respectiva, la misma debe atender la figura del plazo presuntivo que involucra una duración de 6 meses en 6 meses, conforme al Decreto

2127 de 1945. Aduce que no existe claridad sobre la procedencia de la sanción por falta de consignación de las cesantías, toda vez que no se definió el período sobre el cual se liquidaba, además, la misma no resulta extensiva al sector público y específicamente a Caprecom como institución de esa naturaleza liquidada en el año 2017, según así lo definió la Corte Suprema de Justicia en sentencia del año anterior.

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 art. 4º de la ley 712 de 2001, conforme se desprende de la reclamación administrativa presentada ante la encartada el 16 de agosto de 2018 (fls. 95 a 98).

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 1992[2], Decreto 2519 del 28 de Diciembre de 2015[3], Diario Oficial No 50.129 del 27 de enero de 2017[4], Decreto 2127 de

[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 5º).
[3] Se suprimió el la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES "CAPRECOM", EICE y se ordenó su liquidación.
[4] Por medio de la cual se publicó acta final del proceso liquidatorio de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones Liquidada.

1945[5], Sentencia C - 614 de 2009 con ponencia del Magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt[6], Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, Sentencia SL1012-2015 del 28 de enero de 2015, Radicación N.° 44651[7], Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, sentencia No. 37656 del 10 de mayo de 2011[8], Corte Constitucional, sentencia C – 154 de 1997[9] y Ley 80 de 1993 (artículo 32)[10]

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los pedimentos *demandatorios*, las manifestaciones de la Juez de primer grado y las inconformidades planteadas en los recursos de alzada y el grado jurisdiccional de consulta a favor del PAR Caprecom EICE Liquidado, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales, determina como problema jurídico a resolver, en

[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] Declara exequible en Decreto 3074/1968 y entroniza el concepto de la modalidad contractual en el sector oficial, y no de presunción legal del contrato de trabajo, por cuanto de conformidad con la Constitución Política de Colombia la prelación del servicio lo puede ser como trabajador oficial o empleado público, al aplicar la presunción debe respetarse o acatarse la constitución.

[7] Señaló que cuando se discute la existencia de un contrato realidad, corresponde a la parte demandante demostrar la prestación del servicio, mientras que la accionada tiene la carga de desvirtuar la presunción de subordinación consagrada en el art. 20 del D. 2127/1945, estatuto propio *de los trabajadores oficiales, según el cual «El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción»*

[8] *proveído que enseñó que es factible en la ejecución del contrato celebrado, que se presenten los elementos y características de un contrato de trabajo, situación que se extrae de la realidad de la relación y que debe preferirse frente a los datos aparentes que ofrezcan los documentos o contratos, con apoyo en el principio constitucional de primacía de la realidad o primacía de la modalidad contractual, a más, de verificarse si las funciones desempeñadas por el ex – trabajador tenían calidad de temporalidad o, si por el contrario, fueron ejecutadas de manera permanente, advirtiendo que "Sin embargo, tal continuidad no se acompasa con la regulación del contrato de prestación de servicios administrativos, regulada en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pues conforme a este precepto la vinculación de personal a través de contratos de prestación de servicios debe ser excepcional y de ninguna manera puede ser indefinida, por cuanto de, manera perentoria, determina que su duración debe ser por el término estrictamente indispensable."*

[9] Donde preciso al realizar el estudio de exequibilidad del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, qué "*"Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes (…) En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios (…) en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente."*

[10] modificado por el artículo 2° del Decreto Ley 165 de 1997, establece la facultad de las entidades públicas de acudir a la contratación de servicios con el objeto de atender actividades relacionadas con la administración o funcionamiento, contratos que solo pueden celebrarse con personas naturales cuando no se puedan realizar con personal de planta o se requieran conocimiento especiales.

esta instancia, el establecer si, en aplicación del principio de la realidad sobre las formas, entre la señora Adriana Rocío Martínez Gómez y la extinta Caja de Previsión Social de Comunicaciones –Caprecom EICE liquidado, existió una única y verdadera relación de índole laboral que se desarrolló en el interregno comprendido entre el 7 de mayo de 2013 y el 31 de enero de 2016; de resultar afirmativa la anterior premisa, determinar si le asiste derecho a la accionante a que se le reconozca y paguen las prestaciones sociales legales y extralegales producto de dicha relación laboral, así como las indemnizaciones que fueron reconocidas por el Juzgado de Conocimiento.

RELACIÓN DE TRABAJO

Con el fin de acreditar la existencia del nexo contractual de carácter laboral, de la documental aportada al plenario se evidencia copias de contratos de prestación de servicios regulados por la Ley 80 de 1993, junto con sus respectivas prórrogas y de los cuales se observa que la demandante fue contratada para desempeñarse como «***AUXILIAR ADMINISTRATIVO EN EL ÁREA DE REFERENCIA Y CONTRAREFERENCIA EN EL PROCESO DE AUTORIZACIONES Y ASEGURAMIENTO PARA LA TERRITORIAL BOGOTÁ CUNDINAMARCA***». Que se detallan a continuación:

No.	CONTRATO No.	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACION	FOLIO
1	OR11-153-2013	07-05-2013	31-07-2013	37 a 42
2	OR11-236-2013	01-08-2013	31-10-2013	48 a 53
3	PRÓRROGA OR11-236-2013	01-11-2013	30-11-2013	92
4	OR11-356-2013	01-12-2013	31-12-2013	54 a 60
5	OR11-131-2014	07-01-2014	30-04-2014	65 a 72
6	PRÓRROGA OR11-131-2014	01-05-2014	27-06-2014	92
7	OR11-309-2014	07-07-2014	31-12-2014	73 a 76
8	OR11-006-2015	02-01-2015	30-06-2015	78 a 81
9	OR11-420-2015	01-07-2015	31-01-2016	85 a 90

Sumado a lo anterior, constata la Colegiatura que al plenario fueron allegados diferentes informes de supervisión de cada uno de los contratos de prestación de servicios anotados, en los cuales el respectivo supervisor, certificó el cumplimiento por parte de la demandante, de las obligaciones concernientes a cada uno de ellos. Tal informe, se repite mes a mes, en cada uno de los contratos suscritos por la demandante y Caprecom EICE, como se constata en los archivos PDF contenidos en el medio magnetofónico visible a folio 115, por manera que no existe duda alguna para la Colegiatura que, tal y como lo concluyó acertadamente el Juzgado de Conocimiento, la señora Adriana Rocío Martínez Gómez, en efecto prestó sus servicios personales a favor de la citada entidad.

Demostrada la prestación personal del servicio opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, conforme lo dispone el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, lo que de manera automática genera a cargo de la demandada la demostración a través de cualquier medio de convicción que, las actividades asignadas a la demandante fueron desarrolladas por ésta de manera autónoma e independiente, lo cual no ocurrió en el *examine*, como quiera toda la prueba documental no da cuenta de la forma en como realmente tuvo lugar la ejecución de las actividades de la convocante, en tanto se limita a las formalidades que las partes le imprimieron al vínculo jurídico que las ató, esto es, a los diversos contratos de prestación de servicios, certificados de disponibilidad presupuestal, hoja de vida de la demandante, informes de cumplimiento, requerimientos y justificación de la contratación y certificados de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, que en nada derruyen la presunción legal que en este caso opera a favor de la demandante.



Conclusión que igualmente se extrae al analizar la prueba testimonial recaudada en las diligencias, pues nótese que las señoras Jenny Rocío Vila Ardila y Nelsy Johanna Díaz Trujillo, en calidad de compañeras de trabajo, al unísono manifestaron que la demandante se desempeñó como auxiliar de referencia y contrarreferencia, encargándose de la atención al usuario, remisión de autorizaciones a diferentes IPS para procedimientos, exámenes de laboratorio, carnetización y afiliación, lo cual efectuó sin solución de continuidad, dentro del horario impuesto de 8 de la mañana a 5 de la tarde de lunes a viernes, cumpliendo con las órdenes e instrucciones que le impartían sus jefes inmediatos Cristina Barrera y Manuel Sierra. Añadieron que la demandante debía prestar sus servicios en las instalaciones de la entidad, con los elementos de oficina suministrados por esta, como computadores, escritorio, silla y software de la convocada; además, que nunca le fueron otorgadas vacaciones y que para ausentarse de su trabajo debía pedir permiso.

Las anteriores manifestaciones resultan contundentes para demostrar que la accionante ejecutó las funciones encargadas, como Auxiliar Administrativo o Técnico Profesional en el área de Referencia y Contrarreferencia para la Territorial Bogotá y Cundinamarca a favor de la extinta Caprecom, a saber «*… **4)** Apoyar el proceso de Afiliación realizando la emisión y entrega de carnes (sic) **5)** Apoyar el proceso de afiliación realizando la emisión y entrega de los carnés que identifican a los usuarios como afiliados de la EPS-S y efectuar el registro de la carnetización en la base de datos **6)** Realizar el proceso de afiliación de nuevos usuarios orientando el correcto diligenciamiento de la información pertinente y el suministro de los soportes correspondientes para hacer efectiva su afiliación. **7)** Aprobar a través del aplicativo de autorizaciones las solicitudes de servicios presentadas por los afiliados realizando los análisis de derechos de afiliación y por contenido del POS-S. **8)** Brindar a los afiliados la información necesaria para que tengan fácil acceso a las IPS de la red contratada que prestaran el servicio autorizado. **9**) Orientar al afiliado en el procedimiento a seguir en aquellas situaciones en que el*

servicio solicitado requiera copago o que no esté contemplado en el POS-S. ***10)*** *Recepción y aplicación de novedades de afiliados en la base de datos de datos (sic) de CAPRECOM según la normatividad vigente.* ***11)*** *Participar en el acopio y organización de la información requerida para presentar los informes que sobre el desarrollo del proceso de referencia y contrarreferencia requieran otras áreas de la Regional, del nivel central o los entes de vigencia y control (…)*»[11], lo cual, evidencia que su actuar no comportaría la calidad de empleado público, sino la de trabajadora oficial al tenor de lo dispuesto por el Decreto 456 de 1997 aprobatorio del 024 del 28 de octubre de 1996, al señalar:

> «*ARTÍCULO 36. Clasificación de los servidores públicos. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 314 de 1996, quienes desempeñen los siguientes cargos, serán empleados públicos:*
>
> *1. Director General*
> *2. Secretario General*
> *3. Subdirector*
> *4. Director Regional.*
> *5. Jefe de División.*
> *Con base en las facultades conferidas en el inciso 2 del artículo 5º, del Decreto-ley 3135 de 1968, quienes desempeñen los cargos de Jefe de Oficina, serán también empleados públicos.*
>
> *Los demás servidores públicos de Caprecom son trabajadores oficiales*»

Así las cosas, con los medios de prueba reseñados, se tiene que las instrucciones impartidas y el cumplimiento de horario de trabajo asignado a la demandante, y la prestación del servicio en las instalaciones de la demandada, advierten que concurren los supuestos fácticos que a todas luces son constitutivos del elemento subordinación, lo que desentraña la existencia de una verdadera relación de trabajo y que decanta en que la accionante, en efecto, fue trabajadora oficial, tal y como ha sido enseñado de vieja data por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia bajo radicado 37656 del 10 de mayo de 2011, con ponencia del Magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza, oportunidad en que la Alta Corporación enseñó que:

---

[11] Folio 38



«*Con todo, con el fin de corregir el error doctrinal en que incurrieron tanto el fallador como la recurrente, debe la Corte aclarar que su actual criterio sobre las consecuencias de la presencia de un horario de trabajo en la prestación de servicios a una entidad oficial, como la aquí demandada, es el de que, cuando quiera que el trabajador esté sometido a un horario de trabajo, debe concluirse que se hallaba vinculado mediante un contrato de trabajo, como lo proclamó la Corte en la sentencia de 11 de diciembre de 1997, radicación 10153, en la que explicó lo que a continuación se transcribe:*

"Importa anotar que el Tribunal en la sentencia recurrida asienta que "...no [se] puede pregonar subordinación laboral por el solo hecho de tener que cumplir el actor un horario cuando esta situación deviene del objeto mismo del contrato administrativo..." (Folio 468). Esta consideración supone la ignorancia del artículo 1º de la Ley 6ª de 1945, por cuanto en él se dispone que no es contrato de trabajo "el que se celebra para la ejecución de una labor determinada, sin consideración a la persona o personas que hayan de ejecutarlo y sin que éstas se sujeten a horario, reglamentos o control especial del patrono". Frente a tan expreso y claro tenor del artículo no puede razonablemente caber duda de que la obligación que tiene quien presta un servicio personal de cumplir con un horario es signo indicativo de subordinación, en la medida en que sujeta su actividad a las instrucciones que, en lo que tiene que ver con la oportunidad en la cual debe cumplir su labor, le impone quien recibe tal servicio, y, por lo tanto, constituye claro desarrollo de la facultad de someterlo a reglamentos, además de ser una limitación de la autonomía en lo referente a la libre disposición del tiempo que, de igual modo, es manifestación de subordinación laboral, en cuanto implica "control especial del patrono". Empero, la ignorancia de tan explícita disposición legal por el Tribunal constituye un error jurídico, y como tal, desligado de la cuestión de hecho del proceso, razón por la que debió ser atacado por la vía adecuada para ello»

De lo expuesto, se concluye la improsperidad del cargo porque en sede de instancia para la Corte sería suficiente la prueba de que el actor estuvo sometido a un horario de trabajo, para concluir la existencia de una relación laboral dependiente».

Motivo por el cual, es claro que en consonancia con lo anteriormente expuesto, en el *sub lite* se evidencia la existencia de un contrato de trabajo o la presunción de continuidad contractual en el sector oficial, para el interregno de 7 de mayo de 2013 y el 31 de enero de 2016, que si bien, fue ejecutado bajo la celebración de diversos contratos de prestación de servicios, los mismos no presentan interrupciones prolongadas que desestimen la continuidad; por tanto, no se configura

solución de continuidad, pues a la luz de las enseñanzas de la Corporación de cierre en materia laboral, para que ello ocurra, deben existir periodos superiores a los 30 días a efectos de entender que la intensión de las partes era la de no continuar con la vinculación que las ató.

En tal medida, habrá de confirmarse la sentencia apelada en cuanto consideró que existió un contrato de trabajo entre las partes por el interregno anotado.

DE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO

Sobre este aspecto indica la parte convocante en su recurso de alzada que erró el Juzgado de Conocimiento al no dar aplicación a la Convención Colectica de Trabajo 1997-1998 suscrita entre Caprecom y la organización sindical Sintracaprecom, como quiera que contrario a lo definido por el *a quo*, era la parte demandante quien debía desvirtuar su vigencia para el período en que se ejecutó la relación laboral.

Al punto debe recordarse que conforme al artículo 478 del CST *«A menos que se hayan pactado normas diferentes en la convención colectiva, si dentro de los sesenta (60) días inmediatamente anteriores a la expiración de su término, las partes o una de ellas no hubieren hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de seis en seis meses, que se contarán desde la fecha señalada para su terminación».*

De manera que, si ninguna de las partes formuló denuncia de la Convención Colectiva de Trabajo en los términos previsto en la ley, la misma debe entenderse prorrogada en los lapsos previstos en la norma

en comento, asistiéndole razón a la parte convocante en cuanto resulta desacertada la conclusión del *a quo,* relativa a que no era aplicable la Convención 1997-1998 allegada con la debida constancia de depósito como se observa a folios 24 a 30 de las diligencias, por el hecho de no existir certeza sobre su vigencia, pues en el caso examinado la parte pasiva no negó su vigor, al tenérsele por no contestada la demanda, y no se observa en las diligencias prueba alguna en la que se pueda constatar que tal acuerdo haya sido denunciado, o que con posterioridad se hayan suscrito nuevas convenciones.

No obstante, ha de advertir la Sala que pese al dislate del Juzgado de Conocimiento, no es procedente dar paso a la aplicación de la Convención Colectiva 1997-1998 a favor de la convocante, en aras de reconocer las prestaciones extralegales deprecadas, como quiera que en el contenido del texto convencional no se advierte estipulada cláusula alguna que permita su aplicación a la totalidad de los trabajadores oficiales de la extinta Caprecom, como tampoco puede advertirse su aplicación por extensión, en los términos previstos en el artículo 471 del CST, en la medida que no obra medio de convicción que informe la condición de sindicato mayoritario de Sintraceprecom, la cual no puede ser deducida por el Tribunal, en tanto esta debe encontrarse claramente probada en las diligencias, en los términos del artículo 167 del CGP y al haber sido informada en los hechos de la demanda.

Así las cosas, aun cuando la demandante ostenta la calidad de trabajadora oficial de Caprecom EICE, en el caso particular, no puede concluirse que es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo, porque no se encuentra demostrada su extensión en los términos de la normatividad *ejusdem*, de ahí que no sea favorecida de las prebendas



allí establecidas, lo cual conlleva la confirmación de la sentencia opugnada en este aspecto.

Puestas así las cosas, y en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la convocada, procederá el Colegiado a revisar cada una de las prestaciones legales reconocidas por el Juzgado de Conocimiento, a efectos de verificar su legalidad, advirtiendo que no hay lugar a determinar su prescripción, dado que el *a quo* tuvo por no contestada la demanda mediante auto del 23 de enero de 2020 (fl. 119).

BENEFICIOS LEGALES

AUXILIO DE CESANTÍAS

El artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 advierte que las cesantías se liquidan anualmente, pero son exigibles a la finalización del vínculo laboral cuando el trabajador queda cesante, criterio que está unificado en la jurisdicción laboral.

Igualmente, señala la norma que corresponden a un mes de sueldo, de manera que al realizar las respectivas operaciones aritméticas tomando únicamente el salario de la demandante como lo indica la norma en mención, y que se refleja en los contratos de prestación de servicios, se obtiene la suma de **$4.560.627** por las cesantías causadas durante la vigencia del contrato; empero, dicha suma resulta superior a la definida por el Juzgado de Conocimiento, la cual no se modificará en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AXULIO DE CESANTÍAS			
Auxilio de cesantías	**Salario**	**Días laborados**	**Valor cesantías**
2013	$1.271.000	234	$826.150
2014	$1.792.549	360	$1.792.549
2015	$1.792.549	360	$1.792.549
2016	$1.792.549	30	$149.379
Total			$4.560.627

PRIMA DE VACACIONES LEGAL

Sobre esta prestación, es necesario precisar que la Ley no contempla la prima de vacaciones para los trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del estado, razón por la cual se revocará la decisión, para absolver a la encartada de su reconocimiento.

Asó lo refirió la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1174-2022, Magistrado Ponente, Iván Mauricio Lenis Gómez, al manifestar que:

> *« Sobre el particular, se destaca que la prima de vacaciones está prevista en el Decreto 1045 de 1978; sin embargo, está dirigida exclusivamente «a los empleados públicos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional» (CSJ SL4633-2021), condiciones que no acredita el demandante. Por tanto, se absolverá a la demandada de tal pago».*

VACACIONES

Persigue la actora el reconocimiento y pago de las vacaciones que se causaron durante la ejecución del vínculo contractual; para su liquidación ha de tenerse en cuenta lo reglado en el artículo 8° y ss del Decreto 3135 de 1968, los artículos 45 y 46 del Decreto 1848 de 1969, e igualmente, lo indicado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia

SL1174-2022, Magistrado Ponente, Iván Mauricio Lenis Gómez, en la cual moduló que:

> *«Por tanto, el accionante tiene derecho a la compensación en dinero de los periodos de vacaciones causados durante toda la relación laboral, a excepción de los que están afectados por el fenómeno prescriptivo.*
>
> *Sobre el particular, recuérdese que al trabajador únicamente le corresponde demostrar que laboró en el tiempo de servicio que causa las vacaciones y, si afirma que el empleador no se las reconoció ni se las pagó al término de la relación laboral, ante la negación indefinida a este le corresponde demostrar que aquel las disfrutó o su compensación en dinero efectiva, dado que es imposible que el trabajador acredite un no pago.*
>
> *En cuanto a la prescripción, el artículo 45 del Decreto 1848 de 1969 prevé que el empleador tiene un año para conceder el disfrute de las vacaciones causadas. Asimismo, el artículo 46 ibídem establece que luego de transcurrido este año, el empleado tiene un plazo de 30 días para solicitarlas, a partir del cual «comenzará a correr el término de prescripción de las mismas», el cual es de 3 años, según lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 3135 de 1968.*
>
> *En otras palabras, el término prescriptivo para los trabajadores oficiales se debe contabilizar luego de 1 año y 30 días de causado el respectivo periodo».*

Dando aplicación al criterio expuesto, encuentra la Sala que las vacaciones ascienden a la suma de **$2.449.817**, la cual resulta superior a la definida por el Juzgado de Conocimiento, por manera que se mantendrá incólume esta decisión por virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la encartada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

VACACIONES				
Tiempo laborado	**Fecha en que se hacen exigibles**	**Salario**	**Dias laborados**	**Valor**
07/05/2013 a 06/05/2014	6/06/14	$1.792.549	360	$896.275
07/05/2014 a 06/05/2015	6/06/15	$1.792.549	360	$896.275
07/05/2015 a 31/01/2016	Fianalización del contrato	$1.792.549	264	$657.268
Total				$2.449.817

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Sobre el particular baste con decir que no se puede considerar que la relación laboral existente entre la activa y Caprecom finalizó por el vencimiento del plazo pactado en los contratos de prestación de servicios, porque al haberse acreditado probatoriamente, y conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, que el vínculo contractual en verdad fue un contrato de trabajo, no puede tener ninguna incidencia sobre esta modalidad, un plazo o un término fijado en otro tipo de convenio como el que firmaron las partes al tenor de la Ley 80 de 1993, tal como lo ha considerado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL5326-2021.

Conforme a ello, como quiera que la terminación de la relación contractual obedeció a la voluntad de Caprecom, quien argumentó el vencimiento del plazo fijo pactado, circunstancia que claramente no constituye una justa causa, diáfano resulta concluir que tuvo lugar el despido el despido sin justa causa, de suerte que la demandante es

titular de la indemnización correspondiente, misma que debe ser fijada de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 40 y 43 del Decreto 2127 de 1945, teniendo en cuenta la calidad de trabajadora oficial de la actora; normatividad que da lugar a la figura del plazo presuntivo, para establecer el extremo final de los contratos de trabajo y así cuantificar el valor de la indemnización por la terminación injusta.

Ese plazo presuntivo se presenta cuando el contrato celebrado por tiempo indefinido se entiende prorrogado en las mismas condiciones, por períodos iguales, de 6 en 6 meses, y si el empleador lo da por concluido antes de ese período, el trabajador es merecedor de los salarios por el tiempo que faltare para cumplirse los 6 meses.

Bajo ese escenario, se procede a cuantificar el valor de la indemnización, teniendo en cuenta como extremo inicial el 7 de mayo de 2013 y aplicando la figura del plazo presuntivo, en virtud de la cual el contrato se renovó por periodos de 6 meses hasta llegar al hito final; por tanto se debe entender que, la fecha de vencimiento del contrato corresponde al 6 de mayo de 2016, después de cinco prorrogas de seis meses.

Por tanto, al encontrarse acreditado que la empleadora finalizó el nexo el 31 de enero de 2016, a la trabajadora le asiste el derecho a recibir la totalidad de salarios que se causaron hasta el extremo final – plazo presuntivo-, es decir, los calculados desde el 1 de febrero de 2016 hasta el 6 de mayo de símil año, por 3 meses y 6 días, o lo que es lo mismo, 96 días, que liquidados con el último salario diario equivalente a $59.752 (fl. 88), es claro que la indemnización reclamada asciende a **$5.736.192,** la cual coincide a cabalidad con la suma fijada por el *a quo*, siendo claro que la misma habrá de ser confirmada.



SANCION POR FALTA DE CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia ha indicado que las normas del CST no son aplicables a los trabajadores oficiales, entre otras, en sentencia 44069 del 12 de marzo de 2014, en la que indicó:

> *« (…) de conformidad con lo previsto en el artículo 3º de ese estatuto allí se regulan solamente «las relaciones de derecho individual del trabajo de carácter particular, y las de derecho colectivo del trabajo, oficiales y particulares», de modo que, como lo expresa el artículo 4º del mismo estatuto, «las relaciones de derecho individual del trabajo entres la administración pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas públicas y demás servidores del Estado, no se rigen por este código, sino por los estatutos que posteriormente se dicten. »*

Dicho lo anterior, no cabe duda que la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 no es aplicable al presente caso, sin que exista regulación al respecto, la cual dicho sea de paso, debe ser expresa por tratarse de una sanción, por manera que, atendiendo la alzada formulada por la pasiva, habrá de revocarse la condena impuesta por tal concepto, no sin antes aclarar que si bien en la sentencia tomada por el *a quo* para impartir condena por esta sanción, que lo fue la SL582-2021, se indicó en un caso de trabajador oficial, que procedía su reconocimiento, lo cierto es que tal decisión no puede constituir soporte en el *sub examine*, dado que la Corte Suprema de Justicia en aquélla oportunidad claramente dilucidó que la sanción discutida se extiende a los trabajadores oficiales del nivel territorial, condición que no ostentó la aquí demandante.



SANCIÓN MORATORIA

La condena por esta indemnización no se produce automáticamente, pues está sujeta al análisis que haga el juez respecto de la conducta del empleador al momento en que termina la relación laboral, de tal manera que si se encuentra que la conducta fue de mala fe al no pagarle las prestaciones que le correspondían al término de la relación laboral hay lugar a su imposición, en el caso contrario, se absolverá. En el estudio de esa conducta debe recordarse que la entidad cuenta con 90 días, posteriores a la finalización del vínculo, para pagar las acreencias laborales (artículo 1° de la ley 797 de 1949).

En ese entendido, es de precisar que a pesar de los reiterados pronunciamientos judiciales respecto de la conducta de la entidad hoy demandada que han señalado la procedencia de la indemnización moratoria, en cada caso particular deben analizarse las circunstancias que gobernaron el desarrollo de la relación de trabajo en virtud de la sentencia judicial que se declara, pues en estos temas, no puede hablarse de una única postura, ya que se ha demostrado, que a pesar de las similitudes, cada contrato de trabajo se ejecuta de forma particular.

De esta manera, en lo que atañe a la buena fe, la misma ha sido entendido por la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción ordinaria laboral, entre otras, en la sentencia del 30 de abril de 2013, con radicación 42466, siendo el Magistrado ponente Carlos Ernesto Molina Monsalve, oportunidad en la que enseñó «*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».

Así entonces, conforme al criterio jurisprudencial esbozado, encuentra esta Sala, que el proceder de CAPRECOM no se ajustó a los parámetros eximentes de la indemnización moratoria, y que en síntesis, son aquellos que evidencian buena fe en la actuación del empleador, pues la pasiva decidió ocultar la vinculación bajo la figura jurídica de contratos de prestación de servicios. Aunado a lo anterior, la simple afirmación de encontrarse bajo la figura de contratación prevista en la Ley 80 de 1993, no configura un eximente de sanción, como lo enseñó la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en proveído SL 587 - 2013, con ponencia del Magistrado Jorge Mauricio Burgos Ruiz, lo que conlleva sin lugar a dubitaciones adicionales a establecer la procedencia de este *petitum*, pues, se *itera,* el actuar de la convocada a juicio fue siempre ocultar la existencia de la vinculación legal y reglamentaria, y el pago de las acreencias laborales a lugar.

Por otra parte, a la luz de lo considerado por la Corte Suprema de Justicia, debe distinguirse en todo caso, la buena fe como circunstancia exonerante, de otros factores externos que impiden el cumplimiento de las obligaciones y, en principio, también liberan al deudor de responsabilidad por incumplimiento como el caso fortuito o fuerza mayor, situación que se presenta en este caso ante la desaparición jurídica de la entidad, según Acto de Liquidación Final, pues en ese estado, de lo que se trata es de la existencia de insuperables hechos impeditivos para el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

Conforme lo anterior y teniendo en cuenta que el 27 de enero de 2017 fue publicado en el Diario Oficial el Acta Final del Proceso Liquidatorio

de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones Liquidada, se condenará a la encartada al pago de la sanción moratoria estableciéndola desde el 1º de mayo de 2016, vencimiento de los 90 días hábiles conforme al artículo 62 de la Ley 4ª de 1913, y hasta el 27 de enero de 2017 con base en un salario diario de $59.752, lo que arroja una suma de **$15.953.784**, la cual resulta levemente superior a la definida en primera instancia, siendo procedente su confirmación en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

COSTAS

Se confirman las costas impuestas en primera instancia. Sin costas en esta instancia dada las resultas de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR EL LITERAL F) de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Sexto (6º) Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada de la sanción por falta de consignación de cesantías de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

TERCERO: COSTAS. Se confirman las costas impuestas en primera instancia. Sin costas en esta instancia dada las resultas de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio de la Ley 2213 de 2022.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ÓSCAR ALBERTO SALDARRIAGA VÉLEZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y uno (31) días del mes de agosto del año dos mil veintidós (2022), 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 en la Ley 2213 de 2022[1]; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede en forma a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor ÓSCAR ALBERTO SALDARRIAGA VÉLEZ, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, para que previos los

---

[1] *«Artículo 13. **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»*

trámites procesales pertinentes se declare la ineficacia de traslado efectuado al RAIS en mayo de 1995 y es válida la afiliación efectuada al RPM.

Consecuencia de lo anterior se condene a Protección a trasladar los aportes realizados por el afiliado al RAIS al RPM y se ordene a Colpensiones contabilizar las semanas cotizadas a Protección y se emitan condenas conforme a las facultades ultra y extra petita y costas.

En forma subsidiaria reclama se declare la nulidad del traslado efectuado a Protección en 1995.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 121 a 122 del expediente digital denominado "*A1 folio 1 a 142 – Demanda, anexos y acta de reparto*", que en síntesis advierten, que, nació el 1° de agosto de 1962; que se afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales en noviembre de 1985; que en mayo de 1995 empezó a trabajar como independiente y se afilió al RAIS; que no fue asesorado e informado en forma completa, clara y veraz respecto de las diferencias de los regímenes pensionales; que cuenta con 1656 semanas de cotización; que se encuentra afiliada a la AFP Protección; que solicitó a Colpensiones la nulidad o ineficacia del traslado efectuado; que la entidad resolvió en forma desfavorable su solicitud; que Protección negó el retorno al RPM.

CONTESTACIÓN: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que, el acto suscrito por el demandante es existente y válido, al estar libre de vicios del consentimiento. Propuso como **excepciones,** 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; innominada o

genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación 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 la falta de causa (archivo denominado A4 folio 148 a 243 del expediente digital).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** sentó su oposición frente a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, el demandante se trasladó al RAIS de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen. 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 de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica (archivo denominado A6 folio 244 a 295 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 2 de mayo de 2022, en el que, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS; **condenó** a Protección a trasladar los

valores generados por concepto de aportes, frutos y rendimientos financieros que se encontraran en la cuenta de ahorro individual del demandante, sin descontar cuotas de administración y comisiones; **condenó** a Colpensiones a recibir los dineros provenientes del fondo privado y a convalidar la historia laboral; **condenó** en costas a Protección; **ordenó** la consulta de la providencia a favor de Colpensiones.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

> *"…De aquí no se desprende que el gestor haya aducido en el interrogatorio o en la demanda inicial, que medió engaño alguno, como lo imprime la apoderada de Protección en sus alegatos, como para colegir que los hechos narrados, pretenden inducir en error a la Juez o a las partes en el desarrollo del proceso y por el contrario, tal como se afirma en el hecho 5 de la demanda en concordancia con la jurisprudencia analizada, lo que se verifica e interesa para el asunto, es que Protección de ninguna manera desplegó la gestión para asegurar que como administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad, el actor contara con las herramientas necesarias para verificar que era más benéfico en su caso, y decidir de manera informada, esto a pesar de que la Ley le imponía dicha obligación a esa entidad, por lo que, no puede excusar su actuar omisiva en el hecho de que no hubo asesor de Protección que tuviera contacto alguno con el convocante…".*

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de **Colpensiones**, al estimar que no se encuentran acreditados vicios del consentimiento, además, que el demandante no tenía una expectativa legítima, al faltarle más de 20 años para pensionarse y tampoco era beneficiario del régimen de transición, debiendo someterse al régimen al cual se encuentra afiliado; que no se encuentra acreditada la falta de información, máxime que los fondos solo estaban obligados para la data del traslado a informar sobre las condiciones del traslado, además, el actor continúo realizando sus cotizaciones al RAIS.

La apoderada de **Protección S.A.**, reclama la revocatoria del numeral 2 de la sentencia, al considerar que no se debe ordenar la devolución de cuotas de administración, al ser descuentos autorizados legalmente y con ello, cubrir las primas de seguro previsional, además, le fueron generados rendimientos a favor del actor, generándose un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, al recibir un porcentaje que no es destinado a la pensión de vejez; que tampoco se debe ordenar el pago a cargo de su patrimonio la devolución del pago de primas de seguro, al ser obligación de Protección de trasladar a un tercero el valor de la póliza, al no reposar estos dineros en el fondo de pensiones; en tercer lugar, estima que se debe declarar probada la excepción de prescripción.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el demandantey Colpensiones presentaron alegaciones de instancia.

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

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

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 25 del

archivo A1 del expediente digital y frente a la cual la entidad resolvió en forma desfavorable la solicitud de traslado el 26 de mayo de 2020 (fl. 38 del archivo A1).

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, en estricta consonancia con los reparos invocados por las partes demandadas en el recurso de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por el señor Óscar Alberto Saldarriaga Vélez al régimen de ahorro individual administrado por Protección 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.

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. 3 del archivo A1 folio 1 a 142); historia laboral emitida por Protección (fl. 4 a 22 del archivo A1 folio 1 a 142 y fl. 63 del archivo A4); historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 23 del archivo A1 folio 1 a 142 y fl. 41 del archivo A6); solicitud presentada ante Colpensiones y Protección (fl. 25 del archivo A1 folio 1 a 142); respuesta a petición emitida por Colpensiones u Protección (fl. 38 a 43 del archivo A1 folio 1 a 142); estudio comparativo de pensión en los diferentes regímenes pensionales (fl. 44 del archivo A1 folio 1 a 142); formulario de afiliación a Protección (fl. 37 del archivo A4 folio 148 a 243); oficio dirigido al demandante (fl. 38 del archivo A4 folio 148 a 243); reasesoria pensional efectuada por Protección (fl. 40 del archivo A4 folio 148 a 243); certificado emitido por el Ministerio de Hacienda (fl. 41 del archivo A4 folio 148 a 243); certificado SIAFP emitido por Asofondos (fl. 43 del archivo A4 folio 148 a 243); reporte de estado de cuenta emitido por Protección (fl. 45 del archivo A4 folio 148 a 243) y expediente administrativo (carpeta A5 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:

> «*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 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.° 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.° 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.° 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».

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

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

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

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

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

4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.
5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.

6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 21 de noviembre de 1985 al 30 de abril de 1995, tal como se advierte de la historia laboral allegada por Colpensiones al momento de contestar el líbelo introductor[2], para luego trasladarse a Protección el 19 de abril de 1995 (fl. 37 del archivo denominado A4 folio 148 a 243 del expediente digital), fondo 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 Protección S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación.

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al indicar que, prestaba sus servicios para Gillette en otros países y cuando la empresa entró en liquidación, los empleados de Gillette Colombia le ayudaron a diligenciar

[2] Folio 41 del archivo denominado A6 folio 244 a 295 del expediente digital

el formulario, revisó que sus datos personales se encontraran registrados en debida forma y lo firmó y lo presentaron ante Protección, sin embargo, quienes lo ayudaron a realizar el trámite, fueron los empleados de la empresa, dado que él vivía en Estados Unidos, para dicha data.

Después de la liquidación de la empresa en Colombia, continuó prestando sus servicios, para una empresa en Estados Unidos y efectuando cotizaciones a favor de Protección S.A., de quien recibía extractos y revisaba cuando venía a Bogotá.

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, pues de su declaración no se puede vislumbrar que el convocado a juicio le haya informado las características mínimas de los regímenes pensionales, no pudiéndose concluir una asesoría que diera cuenta de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, así como tampoco, de cómo se obtendría el capital necesario para obtener el reconocimiento pensional, el motivo por el cual se debía registrar a los posibles beneficiarios ante cada fondo pensional; ni del derecho de retracto, requisitos que debía cumplir para el reconocimiento pensional, así como tampoco, se le habló de los pagos o aportes que debía realizar por conceptos de seguros, ni la posibilidad de retornar al RPM, previo al cumplimiento de los 52 años de edad, 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 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 la sentenciadora de primer grado, contrario a lo afirmado por la demandada, 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 la totalidad de los recursos que tuviera el demandante en la cuenta de ahorro individual, a Colpensiones, incluyéndose los conceptos de réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales y las sumas recibidas por concepto de cotizaciones, sumas adicionales de aseguradoras y gastos de administración.

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 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».

En tal virtud, esta Sala considera pertinente adicionar la sentencia, en lo tocante a la devolución de los gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debe precisarse que, la condena o devolución de estos conceptos, surgen como 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, debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, así como bonos pensionales si tuviere y rendimientos

financieros, frutos e intereses conforme a lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil y demás rubros que tenga el accionante en su cuenta de ahorro individual[3], 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.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le resulte desfavorable y no fuere apelado, de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: «*un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus*», por tanto, se modificará la sentencia en este tópico.

Por otro lado, 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.

---

[3] Sentencia CSJ SL 1055-2022

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 las costas están a cargo de la AFP Protección y Colpensiones y a favor del demandante, Óscar Alberto Saldarriaga Vélez, dado el resultado de la 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: ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 2 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ÓSCAR ALBERTO SALDARRIAGA VÉLEZ** contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.** en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES**, las cotizaciones recibidas en su integridad, con motivo de la afiliación del demandante, tales como, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, bono pensional si hubiere, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos y los

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

rendimientos, frutos e intereses y demás rubros que tenga la accionante en su cuenta de ahorro individual.

SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de reproche.

TERCERO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de Protección S.A. y Colpensiones a favor del demandante, dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio de la Ley 2213 de 2022.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

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 PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES a favor del demandante, ÓSCAR ALBERTO SALDARRIAGA VÉLEZ en la suma de $400.000 pesos moneda corriente, a cargo de cada una de las entidades.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARTHA CECILIA DELGADO HERNÁNDEZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y uno (31) días del mes de agosto del año dos mil veintidós (2022), 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 en la Ley 2213 de 2022[1]; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede en forma a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora MARTHA CECILIA DELGADO HERNÁNDEZ, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, para que previos los trámites procesales pertinentes se condene a aceptar la

---

[1] *«Artículo 13. **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»*

nulidad, de la vinculación efectuada al RAIS y se ordene el retorno a COLPENSIONES, con los aportes o saldos, rendimientos financieros, gastos y cobros de administración consignados en su cuenta individual y a su turno, se ordene a la entidad del RPM a recibir a la afiliada, se reconozcan conforme a las facultades ultra y extra petita y a pagar las costas y agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 58 a 61 de las diligencias, que en síntesis advierten, que, ha prestado sus servicios para Yanbal de Colombia y otros; que, estuvo vinculada al RPM hasta el 4 de febrero de 1999, cuando se trasladó a la AFP Porvenir; que los asesores del fondo, no tenían amplio conocimiento sobre los temas de seguridad social y la indujeron a vincularse al RAIS; que en la asesoría le fue informado que no perdería sus beneficios pensionales, que ha solicitado el traslado al RPM; que se trasladó a la AFP Colfondos; que los asesores de Porvenir no le informaron sobre los riesgos de trasladarse al RAIS; que, el extinto Instituto de Seguros Sociales, no realizó ninguna gestión para desvirtuar los argumentos de la AFP; que, la permanencia en el régimen de ahorro individual lesiona el derecho de libre escogencia, irrenunciabilidad de derechos laborales; que, hace cuatro años, ha procurado retornar al RPM; que, presentó ante Colpensiones solicitud de afiliación; que Colfondos se opuso a su traslado al RPM; que ante Porvenir se reclamó su traslado al RPM, pero tal pedimento fue resuelto en forma desfavorable.

CONTESTACIÓN: **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS,** informó que algunas pretensiones no iban dirigidas contra la entidad y en lo relativo a la nulidad de traslada reclamada, indicó que la entidad había brindado asesoría en forma presencial y verbal, en la que se indicaban las características del régimen pensional, ventajas y

desventajas entre los dos sistemas. Se **abstuvo** de formular excepciones de mérito (medio magnetofónico obrante a folio 84).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** sentó su oposición frente a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, la demandante tenía autonomía para trasladarse de régimen y no se encuentra acreditado ningún 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 y la declaratoria de otras excepciones (archivo denominado, contestación de demanda obrante en medio magnetofónico allegado a folio 90).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que, el traslado se efectuó después de brindarse a la demandante la información clara, precisa veraz y suficiente para adoptar tal determinación. Como medios **exceptivos** propuso los de, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (medio magnetofónico obrante a folio 112 del expediente).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Dieciséis (16°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 19 de mayo de 2022, en el que, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante; **condenó** a Colfondos y Porvenir a trasladar los recurso de la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones, incluyendo, los réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, toda suma que se

haya recibido por concepto de cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante al RAIS; **condenó** a Colpensiones a recibir los dineros provenientes de los fondos privados y a reactivar la afiliación de la demandante; **declaró** no probadas las excepciones propuestas; **condenó** en costas a las demandadas.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

> *"…entonces, pues, se reitera, en este caso, no se verificó, no se satisfizo la carga de la prueba por parte de la AFP Porvenir, respecto del deber de información que ha debido ejercer, cuando la demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, esto hace entonces, que se deba declarar la ineficacia del traslado de régimen y deban volver las cosas a su estado anterior, como si nunca hubiera el traslado, declarándose que siempre fue eficaz la permanencia de la demandante, pero, en el Régimen de Prima Media.…".*

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de **Porvenir S.A.**, reclama la revocatoria de los numerales 1 y 2 de la sentencia de primera instancia, al no encontrarse acreditado ningún vicio del consentimiento por parte de la demandante a la hora de suscribir el formulario de la afiliación; que la reclamación efectuada en el trámite procesal se encuentra prescrito; que, el formulario suscrito es válido y en tal sentido, el traslado fue libre, espontánea y sin presiones; que de acuerdo al interrogatorio se podía concluir que, se brindó una debida asesoría y por ello, no se formularon preguntas o inconformidad, además, que el motivo para retornar al RPM es económico y no por la falta de información; que Porvenir acreditó que la demandante estuvo afiliada a dicha entidad conforme al formulario de afiliación, traslado efectuado a Colfondos y el interrogatorio rendido; que la actora permaneció por espacio de 18 años y con ello, se demuestra su voluntad de permanecer en el RAIS; que no

se pueden exigir requisitos diferentes a los establecidos para la época; que en caso de confirmarse la sentencia, reclama la absolución frente a la devolución de gastos de administración, al utilizarse estos de buena fe y ello, generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y se deben declarar probadas las excepciones propuestas.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 los extremos procesales presentaron alegaciones de instancia.

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

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

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 4º de la Ley 712 de 2001, valga precisar que la ineficacia del traslado perseguida en esta jurisdicción no fue objeto de reclamación ante la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, previo a la radiación de la demanda.

No obstante, lo anterior no tiene vocación suficiente para invalidar las actuaciones hasta ahora surtidas pues, la falta de reclamación administrativa es un factor de competencia susceptible de ser saneado,

ante la omisión de la pasiva de formular la excepción previa correspondiente.

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado:

> *«Ahora, si la entidad demandada no utiliza en tiempo procesal oportuno las excepciones atrás indicadas para corregir o enmendar el vicio de procedimiento de la falta de competencia del Juez Laboral, surgido como consecuencia de haberse admitido por este funcionario judicial la demanda sin avistar el incumplimiento del requerimiento consagrado en el art. 6° del Estatuto Procesal Laboral, lo que, como ya se vio, constituye no sólo una carga procesal para aquélla sino un deber y una obligación en virtud del principio de lealtad procesal, la anomalía procedimental proveniente de tal falta de competencia quedará saneada a la luz de lo preceptuado en el numeral 5., del artículo 144 del C. de P.C., modificado por el D.E. 2282 de 1989, art. 1°, num. 84, norma que dispone que "La nulidad se considerara saneada... Cuando la falta de competencia distinta de la funcional no se haya alegado como excepción previa. Saneada esta nulidad, el Juez seguirá conociendo del proceso.»* sentencia del 13 de octubre de 1999, radicación 12221.

Así las cosas, y ante tal inadvertencia de la demandada Colpensiones, se entiende prorrogada la competencia en esta Sala de Decisión, para decidir el conflicto avocado, como en efecto se hará, máxime que la solicitud de traslado a Colpensiones presentada el 30 de octubre de 2019 (fl. 22 de las diligencias), no es suficiente para tener como agotado dicho requisito.

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 invocado por la parte demandada en el recurso de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite

establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por la señora Martha Cecilia Delgado Hernández 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 petición presentada ante Colfondos, Porvenir y Colpensiones (fl. 3, 15 y 21); copia de la cédula de ciudadanía de la actora (fl. 8, 24); respuesta de Colfondos, Porvenir y Colpensiones a petición incoada por

la actora (fl. 11, 19 y 23); declaración extra proceso rendida por la demandante (fl. 56); formulario de afiliación suscrito ante Porvenir (fl. 57 y fl. 95 del archivo magnetofónico obrante a folio 112); formulario de afiliación a Colfondos (fl. 12 del archivo magnetofónico obrante a folio 84); historial de vinculación de la demandante (fl. 13 del archivo magnetofónico obrante a folio 84); historia laboral y expediente administrativo emitido por Colpensiones (documento denominado historia laboral y expediente administrativo, obrante en archivo magnetofónico obrante a folio 90); certificado emitido por el SIAFP (fl. 92 del archivo magnetofónico obrante a folio 112); relación histórica de movimientos efectuados por Porvenir (fl. 107 del archivo magnetofónico obrante a folio 112); relación de aportes emitido por Porvenir (fl. 110 del archivo magnetofónico obrante a folio 112); historia laboral consolidada emitida por Porvenir (fl. 112 del archivo magnetofónico obrante a folio 112); respuesta de petición incoada por la demandante (fl. 116 del archivo magnetofónico obrante a folio 112); certificado de afiliación emitido por Porvenir S.A. (fl. 119 del archivo magnetofónico obrante a folio 112).

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 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.° 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.° 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.° 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».

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

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

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

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

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

4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.
5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.

6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.
En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

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

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes. De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1º 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 normativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no desconocido de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara 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 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 encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 6° de agosto de 1982 al 31 de marzo de 1999, tal como se advierte de la historia laboral allegada por Colpensiones al momento de contestar

el líbelo introductor[2], para luego trasladarse a Porvenir el 4 de febrero de 1999 (fl. 95 obrante en el medio magnetofónico del folio 112 del expediente) y de allí migrar a Colfondos el 24 de junio de 2003, 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.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al indicar que, se afilió a Porvenir S.A., cuando se encontraba trabajando en el Banco Andino y se presentaron unos asesores, los reunieron por espacio de 15 minutos, tiempo en el que, les informaron que, el Seguro Social se iba a acabar y era mejor que se trasladara al fondo, en donde, iba a tener una mejor remuneración en la pensión y se podría pensionar a cualquier edad, por lo que, consideró que con la información suministrada era suficiente y no le formuló preguntas al asesor y tampoco corroboró lo que le estaban diciendo.

---

[2] Documento denominado historia laboral y expediente administrativo, obrante en archivo magnetofónico del folio 90

Que, a pesar de haber suscrito el formulario de afiliación en forma libre y voluntaria, no lo leyó.

Respecto al reconocimiento prestacional, informó que no le hablaron de rendimientos financieros ni tampoco de cómo obtendría una pensión más alta, adicionalmente, que, durante su afiliación con Porvenir, no recibió extractos de su cuenta de ahorro individual.

En lo tocante al traslado de Porvenir S.A. a Colfondos, indicó que, una asesora de esta entidad se presentó a la empresa donde ella laboraba y le informó que, Porvenir no se encontraba en óptimas condiciones y Colfondos tenía mayor confiabilidad, por lo que, suscribió el formulario de afiliación con dicha entidad, registrando únicamente sus datos personales.

Igualmente, señala la afiliada, que intentó trasladarse a Colpensiones y aunque no recuerda la fecha, en la que efectuó tal trámite, sí recuerda, que tal pedimento no fue resuelto favorable a ella y, su deseo de retornar al RPM, radica en que, allí le van a promediar los últimos 10 años de su salario a la hora de resolver su prestación económica, a pesar de desconocer el monto con el cual se le reconocería su mesada pensional.

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, pues de su declaración no se puede vislumbrar que la convocada a juicio le haya informado las características mínimas de los regímenes pensionales, no pudiéndose concluir una asesoría que diera cuenta de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, así como tampoco, de cómo se obtendría el capital necesario para obtener el reconocimiento pensional, el motivo por el cual se debía registrar a los

posibles beneficiarios ante cada fondo pensional; ni del derecho de retracto, requisitos que debía cumplir para el reconocimiento pensional, así como tampoco, se le habló de los pagos o aportes que debía realizar por conceptos de seguros, ni la posibilidad de retornar al RPM, previo al cumplimiento de los 47 años de edad, 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 la demandada, 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 la totalidad de los recursos que tuviera la demandante en la cuenta de ahorro individual,

a Colpensiones, incluyéndose los conceptos de réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales y las sumas recibidas por concepto de cotizaciones, sumas adicionales de aseguradoras y gastos de administración.

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 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».

En tal virtud, esta Sala considera pertinente adicionar la sentencia, en lo tocante a la devolución de los gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debe precisarse que, la condena o devolución de estos conceptos, surgen como 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, debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, así como bonos pensionales si tuviere y rendimientos financieros, frutos e intereses conforme a lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil y demás rubros que tenga la accionante en su cuenta de ahorro individual[3], 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.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le resulte desfavorable y no fuere apelado, de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: «*un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus*», por tanto, se modificará la sentencia en este tópico.

[3] Sentencia CSJ SL 1055-2022

Por otro lado, 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. Respecto a las excepciones de buena fe, inexistencia de la obligación, comprensión y genérica, tampoco saldrán avante, dado que, de acuerdo a los argumentos esgrimidos y estudiados en la presente providencia, se puede constatar que la entidad incurrió en un error al no suministrar información completa e idónea para que la actora tomara la decisión de trasladarse de régimen, quedando desvirtuadas los medios exceptivos propuestos.

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 las costas están a cargo de la AFP Porvenir y a favor de la demandante, Martha Cecilia Delgado Hernández, dado el resultado de la alzada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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: ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis (16°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 19 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARTHA CECILIA DELGADO HERNÁNDEZ** contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A y COLFONDOS** en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A**. y **COLFONDOS S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES**, las cotizaciones recibidas en su integridad, con motivo de la afiliación de la demandante, tales como, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, bono pensional si hubiere, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos y los rendimientos, frutos e intereses y demás rubros que tenga la accionante en su cuenta de ahorro individual.

SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de reproche.

TERCERO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de Porvenir y a favor de la demandante, dado el resultado de la alzada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 de la Ley 2213 de 2022.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PORVENIR y a favor de la demandante, MARTHA CECILIA DELGADO HERNÁNDEZ en la suma de $400.000 pesos moneda corriente.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **FANNY DEL CARMEN TINOCO ESCUDERO** contra **ANDRÉS EDUARDO SANDOVAL LUNA** (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y uno (31) días del mes de agosto del año dos mil veintidós (2022), 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 en la Ley 2213 de 2022[1]; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede en forma a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora FANNY DEL CARMEN TINOCO ESCUDERO, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra ANDRÉS EDUARDO SANDOVAL LUNA, para que previos los trámites procesales pertinentes se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1 de junio de 2010 y el 15 de febrero

---

[1] *«Artículo 13. **APELACIÓN EN MATERIA LABORAL**. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:*

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

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

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de 2019, el cual feneció por renuncia de la trabajadora y a la terminación del contrato de trabajo recibió el pago de acreencias laborales, indemnizaciones, aportes a seguridad social.

Consecuencia de lo anterior, se condene a ANDRÉS EDUARDO SANDOVAL LUNA a pagar el salario causado del 1 al 15 de febrero de 2019; cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones causadas durante la relación laboral, sanción por no consignación de las cesantías, sanción moratoria, pago de aportes a seguridad social en pensión, indexación de las condenas y las costas causadas en el proceso.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 5 a 6 del archivo 02-1 del expediente digital, que en síntesis advierten, que, celebró contrato verbal con Andrés Eduardo Sandoval Luna a partir del 1 de junio de 2010; que el cargo desempeñado fue el de empleada de servicio doméstico; que el último salario devengado correspondía a $900.000; que no fue afiliada al sistema de seguridad social integral en salud, pensión y riesgos laborales; que no le consignaron las cesantías ante un fondo, ni pagó los intereses a las cesantías; que no le fueron pagadas la prima de servicios, ni concedió vacaciones ni las compensó en dinero; que no le pagaron los dominicales y festivos laborados; que le indicó al demandado que en las condiciones laborales que tenía no podía continuar, al estar en una avanzada edad y no estar protegida en el sistema de seguridad social; que le fue negado el pago de la última quincena laborada; que solicitó la pensión de vejez ante Colpensiones, pero esta fue negada al haberse realizado aportes por parte el empleador por el interregno de tiempo del 1 de marzo de 2015 al 31 de marzo de 2019; que las cotizaciones fueron efectuadas con un salario inferior al realmente devengado.

CONTESTACIÓN: **ANDRÉS EDUARDO SANDOVAL LUNA,** sentó su oposición frente a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, la

relación laboral que ató a las partes, fue entre el 28 de marzo de 2014 al 15 de febrero de 2019 y antes de dicho interregno de tiempo, los servicios eran prestados un día a la semana. Como excepciones propuso las de pago de los derechos reclamados, inexistencia de la obligación y de cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, falta de consagración normativa y la genérica (carpeta denominada "CD FOLIO 43 CONTESTACIÓN DEMANDA").

Con auto del 9 de abril de 2021, se admitió reforma a la demanda presentada por la parte demandante (fl. 58 del archivo 02-1 del expediente digital).

Fue así como adicionó a las pretensiones, la solicitud de indexación respecto a las sumas reconocidas y la imposición de condena en costas. Respecto a los hechos informó que, a partir del año 2012, el demandado le solicitó que le colaborara con el servicio doméstico a la hermana, Beatriz Eugenia Sandoval Luna, tres días a la semana (lunes, miércoles y sábado); que, la trabajadora aceptó la orden impartida por el convocado; que a inicios del año 2014, el demandado le dio la orden de prestar los servicios a su hermana, un día a la semana, por necesitarla el resto de días de la semana; que, en marzo de 2014 recibió la orden de no prestar los servicios a la señora Beatriz Eugenia Sandoval Luna, formalizando el contrato de trabajo; que prestó los servicios en forma continua e ininterrumpida; que el 15 de febrero de 2019 le manifestó al señor Sandoval no poder continuar trabajando todos los días de la semana; que no fue informada de la consignación de título judicial el 12 de abril de 2019; que fue efectuada una consignación con posterioridad a la radicación de la demanda, sin embargo, esto no exime al convocado de una mora; que le fue negado el reconocimiento pensional, al no contarse con la densidad de semanas necesarias para ello; que, los aportes fueron realizado con un salario inferior al realmente percibido, que, durante el

vínculo laboral nunca le fue reconocida bonificación o gratificación alguna (fl. 47 del archivo 02-1 del expediente digital).

El demandado se opuso a la prosperidad de las nuevas pretensiones, en los mismos términos de la contestación inicial, agregando a su dicho, que, con anterioridad a la suscripción del contrato de trabajo, la actora prestaba sus servicios en otras casas de familia, entre ellas la hermana del demandado, con quien celebró sendos contratos de trabajo (fl. 2 del archivo 02-2 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Dieciocho (18°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 25 de mayo de 2022, en el que, resolvió; **declarar** la existencia de un contrato de trabajo entre Fanny del Carmen Tinoco Escudero y Andrés Eduardo Sandoval Luna entre el 28 de marzo de 2014 y el 15 de febrero de 2019, devengando un salario de $900.000; condenó al demandado a pagar, cesantías, intereses a las cesantías, sanción por no consignación de las cesantías, primas de servicios, vacaciones, sanción moratoria a partir del 16 de febrero de 2019 y hasta el 15 de febrero de 2021 en cuantía de $21.600.000 y a partir del 16 de febrero de 2021 reconociendo intereses moratorios por el valor impago de prestaciones sociales debidas; **declaró** probada parcialmente la excepción de prescripción y pago; **ordenó** tener como abono los pagos efectuados por la demandada; **absolvió** de las demás pretensiones; **ordenó** la entrega de un título judicial; **condenó** en costas a la demandada.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

> *"…así las cosas entonces no existe duda para el despacho de la existencia de la relación laboral que existió entre las partes entre la señora Fanny del*

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Carmen Tinoco Escudero y el señor Andrés Eduardo Sandoval por el período comprendido y acreditado entre el 28 de marzo del 2014 al 15 de febrero del 2019, reiterándose que del año 2010 al 27 de marzo de 2014 no se evidencia, no se tiene certeza de cuáles fueron los días que la demandante laboró para el señor Sandoval Salgado, perdón para el señor Sandoval Luna…".

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de la parte **demandante**, reclama la revocatoria parcial de la providencia, al sentar su oposición frente al extremo inicial de la relación laboral y el monto de las condenas impuestas, al estimar que, no se analizaron la totalidad de las pruebas allegadas al proceso, específicamente documento en el que, el demandado, liquidó las cesantías causadas del año 2010 a 2017 y al no ser tachado, tiene total credibilidad, acreditándose con esto, el inicio de la relación laboral, en caso de salir avante su solicitud, se debe modificar el cálculo de las prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social.

La parte **demandada**, solicitó la revocatoria de la sentencia, al estimar que, no se encuentra de acuerdo con la liquidación de las prestaciones sociales, ya que, estas fueron pagadas conforme a la documental allegada al plenario, teniendo en cuenta los extremos de la relación declarada y por ello, tampoco procede ninguna sanción contra el convocado; en segundo lugar, no se encuentra acreditada la mala fe del señor Sandoval, al haberse pagado los derechos laborales en un término prudencial; en tercer lugar no se encuentra de acuerdo con lo expuesto por la señora Cecilia Jaramillo.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA: Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los extremos procesales presentaron alegaciones de instancia.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de apelación propuesto por las partes en contienda, 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 alzada[2] y en interpretación de la misma, el determinar si es viable modificar el extremo inicial del vínculo laboral, teniendo en cuenta las pruebas acopiadas al cartulario, en caso de ser afirmativa esta premisa, establecer los conceptos a reconocer a favor de la demandante, en segundo lugar, se deberá verificar el quantum de las acreencias laborales y si el demandado actuó de buena fe para relevarlo del reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues fue así aceptado por demandado ante la declaración de la Juez de Conocimiento, sin que se exhibiera reparo; lo que se constata igualmente de los medios de convicción obrantes en el plenario, analizados bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT, en especial, liquidaciones de acreencias laborales (fl. 11 a 14 del archivo 02-1 del

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

expediente digital y fl. 3 a 5 de la carpeta denominada CD FOLIO 43 CONTESTACION (sic) DEMANDA, subcarpeta, ANEXOS 1 del expediente digital); formulario de afiliación radicado ante la ARL Positiva (fl. 15 del archivo 02-1 del expediente digital); certificación emitida por la EPS Famisanar (fl. 16 del archivo 02-1 del expediente digital); reporte de semanas cotizadas emitida por Colpensiones (fl. 17 del archivo 02-1 del expediente digital); copia de la Resolución No. SUB 13880 de mayo de 2019 (fl. 22 a 26 del archivo 02-1 del expediente digital); contrato de trabajo con empleadas de servicio doméstico (fl. 1 de la carpeta denominada CD FOLIO 43 CONTESTACION (sic) DEMANDA, subcarpeta, ANEXOS 1 del expediente digital); recibo de caja menor del 3 de marzo de 2018 y 20 de junio de 2018 (fl. 6 de la carpeta denominada CD FOLIO 43 CONTESTACION (sic) DEMANDA, subcarpeta, ANEXOS 1 del expediente digital); transferencias bancarias efectuadas a cuenta de ahorros del Banco Colpatria (fl. 7 a 10 de la carpeta denominada CD FOLIO 43 CONTESTACION (sic) DEMANDA, subcarpeta, ANEXOS 1 del expediente digital); contrato de trabajo suscrito entre la demandante y Beatriz Eugenia Sandoval Luna (fl. 12 a 15 de la carpeta denominada CD FOLIO 43 CONTESTACION (sic) DEMANDA, subcarpeta, ANEXOS 1 del expediente digital); depósito judicial realizado a órdenes del presente proceso (fl. 16 de la carpeta denominada CD FOLIO 43 CONTESTACION (sic) DEMANDA, subcarpeta, ANEXOS 1 del expediente digital); planilla integrada de autoliquidación de aportes (carpeta denominada CD FOLIO 43 CONTESTACION (sic) DEMANDA, subcarpeta, ANEXOS 2 del expediente digital); probanzas de las cuales se colige, que bajo el marco de un contrato de trabajo, FANNY DEL CARMEN TINO ESCUDERO laboró al servicio de ANDRÉS EDUARDO SANDOVAL LUNA, como empleada de servicio doméstico, devengando para el año 2014 la suma de $616.000 y del año 2015 a 2019 la suma de $900.000. Supuestos facticos respecto de los cuales no existe controversia en esta segunda instancia, ante la ausencia de reparo por las partes en litigio.

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 a la ex trabajadora 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, lo perseguido por la parte recurrente es la modificación de los extremos del nexo, aduciendo para el efecto que el inicial es el 1 de junio de 2010.

Establecido lo anterior, procede la Sala a estudiar los motivos objeto de reproche, para lo cual, preliminarmente se torna necesario indicar que el motivo de disidencia planteado por el apoderado de la parte demandante, se encuentra en la valoración probatoria realizada por la juez de conocimiento al zanjar la controversia planteada, específicamente, frente a la liquidación allegada con la demanda y la certificación emitida por el señor Sandoval Luna.

Así, sobre los extremos laborales, se halla, la liquidación de cesantías acopiada a folio 11 del archivo 02-1 del expediente digital, en el que, se estableció como extremos del vínculo laboral el 1 de junio de 2010 al 31

de diciembre de 2017 y arrojando como resultado de esta operación aritmética la suma de $5.530.178.

En lo tocante a la certificación objeto de censura que, emitida por el señor Andrés Eduardo Sandoval, aquí demandado, este indicó:

*«…**ANDRÉS EDUARDO SANDOVAL LUNA***
C.C. No. 80.415.289

CERTIFICA

*Que la señora **Fanny del Carmen Tinoco Escudero** identificada con c.c. No. 22.844.504 de Calamar (Bolivar) laboró como empleada de servicio doméstico así: año 2011, 2012, 2013 y 2014 hasta el mes de Febrero en mi residencia y en la de la Sra Beatriz Eugenia Sandoval Luna (liquidadas y canceladas todas las obligaciones allí generadas); a partir del día 28 del mes de Marzo (sic) de 2014 y hasta el 15 de febrero de 2019 presto sus servicios únicamente en mi residencia, en los términos del contrato firmado entre las partes (…)»*

Probanzas que no fueron desconocidas por la parte convocada a juicio, dado que no fue elevada manifestación de desconocimiento de los documentos acopiados con el líbelo genitor.

Pese a lo anterior, si debe resaltarse que, frente a la liquidación de acreencias acopiada a folio 11 del cartulario, este no fue suscrito por el convocado a juicio, tampoco se tiene certeza de quién lo elaboró, ni obra otro elemento de convicción que dé certeza de la autoría en su expedición[3], por ende, el reproche frente a este documento, no podrá salir avante.

Situación diferente ocurre con las certificaciones laborales, pues, debe recordarse que, en tratándose de misivas que reconozcan vínculos

[3] Sentencia CSJ SL14236-2015, reiterada en sentencias CSJ SL 4089-2017, CSJ SL 9160-2017 y CSJ SL 10293-2019

laborales y que fuere expedidas por quien se alega ser el empleador, la H. Corte Suprema de Justicia ha advertido su validez y certeza, no obstante, agregan que podrán ser desvirtuadas por la demandada en los términos del artículo 167 del Estatuto Adjetivo Civil, como lo ha enseñado, entre muchas, en la sentencia SL14426-2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, al manifestar:

> *«Sobre el valor probatorio de los certificados laborales, esta Sala de Casación en sentencia CSJ SL, 8 mar. 1996, rad. 8360, reiterada en CSJ SL, 23 sept. 2009, rad. 36748, CSJ SL, 24 ago. 2010, rad. 34393, CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38666, señaló:*
>
> > ***El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo****, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues* ***no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial*** *o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas.* ***Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certi[fi]que el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda****, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral"* (Resalta fuera de texto).

Circunstancia que conduce a conceder validez probatoria de tal documental, pues no carece de rubrica, tampoco fue reargüido su contenido ni desconocida su autoría, logrando consumar el postulado de autenticidad de que trata el artículo 244 del Código General del Proceso al estatuir «***es auténtico*** *un documento cuando* ***existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado,*** *manuscrito, firmado, o* ***cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento****. Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción*

de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso» (negrilla fuera de texto).

En igual sentido, el artículo 54 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, establece que se reputan auténticas las reproducciones simples, de determinados documentos, indicándose en forma expresa en el parágrafo de la preceptiva legal, que «*En todos los procesos, salvo cuando se pretenda hacer valer como título ejecutivo, los documentos o sus reproducciones simples presentados por las partes con fines probatorios se reputarán auténticos, sin necesidad de autenticación ni presentación personal, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con los documentos emanados de terceros.»*.

Por otro lado, pero no menos importante es que, las certificaciones fueron emitidas con información del demandado, nombre e identificación y su respectiva firma, situaciones que tampoco podían ser desconocidas por la juez de conocimiento, lo que permite impartirle fuerza probatoria.

Por otro lado, resalta esta Sala de Decisión que al auscultársele sobre la expedición de la certificación a la que se ha hecho referencia con precedencia, el demandado, informó que, la había realizado a solicitud de la señora Fanny Tinoco y a nombre de su hermana también, por el tiempo "eventual" de servicios que prestaba la demandante en su apartamento, pero al ahondarse en el tema del pago de acreencias laborales causadas en el interregno de tiempo del 2011 al 2014, este informó que entre la actora y su hermana habían llegado a un arreglo económico y este le había sido comentado por la señora Sandoval Luna para materializarlo en el documento, dejando entrever que, el convocado a juicio no pagó acreencias laborales a la actora durante dicho tiempo, a pesar de haber certificado y aceptar la prestación del servicio con anterioridad a la suscripción del contrato de trabajo.

De cara a esta narración, igualmente se evidencia con el interrogatorio de parte, el demandado, este informó conocer, a la demandante, porque "*prestó servicios como, como empleada doméstica en mi apartamento desde el 2014, yo la había conocido antes simplemente por referencias porque había sido empleada de mi primera esposa y posteriormente pues ella sirvió por recomendación mía en casa de mi hermana y de manera esporádica en la medida en que se necesitara en mi casa también*" a renglón seguido informó que:

> "***PREGUNTADO:*** *Bueno, de la misma forma en dicha certificación usted afirma que a partir del 28 de marzo del año 2014 se celebró contrato escrito con la aquí demandante, podría explicarle por qué motivo o cuál fue la causa para que el 28 de marzo del mismo, del mismo año se firmará contrato de trabajo para continuar laborando con usted.*
> ***CONTESTÓ:*** *Porque estábamos haciendo la formalización de la relación contractual con ella y para hacer la vinculación permanente y para pues protegerla a ella en su relación contractual.*
>
> ***PREGUNTADO:*** *Implica su respuesta anterior que el primer contrato es decir entre los años según la certificación 2011, 2012 y 2013 el contrato existente entre usted y la señora Fanny Tinoco fue verbal.*
> ***CONTESTÓ:*** *Sí fue verbal.*"

A su turno, Pili Cecilia Jaramillo Tinoco, hija de la accionante, en lo que interesa al tema del debate (extremo inicial del vínculo laboral) manifestó conocer al señor Sandoval desde que tenía 10 años de edad, porque su mamá trabajaba con él, estimando que dicha relación laboral, perduró por espacio de 18 años.

Beatriz Eugenia del Socorro Sandoval Luna, hermana del demandado, fue categórica al afirmar que la señora Tinoco "*empezó a trabajar a partir del 2014 que finalizó el contrato conmigo, el contrato conmigo fue de medio tiempo, eran 3 días a la semana, luego Andrés la contrata y la vincula al pago de parafiscales, él se hace cargo de esa parte y a partir de esa fecha Andrés la tiene contratada, pero ella igual viene a trabajar un par de días a la semana conmigo también, días que acordábamos según a ella le conviniera y a nosotros*", sin embargo, con posterioridad, indicó "…*en mi casa lo hacía 3 veces a la semana era de común acuerdo, la mayoría de los días eran entre semana eventualmente*

había sábados que trabajaban en mi casa, los días que trabajaba donde Andrés era lo que ella acordará con Andrés, no tengo precisión, pero seguro que no eran fijos, días fijos a la semana por qué conmigo variaban también si estaba en mi casa pues no iba donde Andrés".

De la declaración rendida por la señora Claudia Patricia Gutiérrez, actual pareja del convocado, respecto al extremo inicial, no se puede hacer alusión, dado que ella informó conocer a la señora Tinoco desde el año 2017, cuando empezó a convivir con el señor Sandoval, por lo tanto, no le consta en forma directa el vínculo que pudo atar a las partes con anterioridad a dicha data.

Es así, como de las pruebas documentales, interrogatorio de parte y testimonios a los que se ha hecho referencia, se puede concluir que, en efecto la señora Tinoco prestó sus servicios con anterioridad al año 2014 a favor del señor Andrés Sandoval, por cuanto, este suscribió una certificación laboral, en la que, no indicó en forma específica que el servicio era prestado por días, limitándose a enunciar que, el vínculo había iniciado en el año 2011.

En segundo lugar, encuentra esta Colegiatura que el señor Sandoval Luna, respecto al vínculo laboral existente desde el año 2011 a 2014, procura dar respuestas tendientes a desconocer el servicio prestado por la señora Tinoco, pues en un principio dijo conocerla tan solo desde el año 2014, y después afirmar que ella con anterioridad a dicha data, había prestado sus servicios en forma esporádica, sin embargo, más que crear una duda frente al servicio prestado, da certeza que, lo expuesto en la certificación emitida para dicho interregno de tiempo, ocurrió sin dubitación alguna.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Por otro lado, tampoco desconoce esta Sala de Decisión, que igual situación ocurre con la declaración de la hermana del señor Sandoval Luna, pues, la señora Beatriz Eugenia, aseveró que la señora Tinoco prestó los servicios al señor Andrés desde al año 2014, una vez finalizó el vínculo laboral entre ellas, a pesar de que el mismo convocado aceptó que, a él le eran prestados también los servicios en su casa, con anterioridad a dicha data.

Fluyendo innegable la modificación del fallo de primer grado, en lo tocante al extremo inicial del vínculo laboral.

En este aspecto, no se pasa inadvertido que, la señora Tinoco reclama la existencia del contrato desde el 1° de junio de 2010, pero en el sub examine no se encuentra acreditada el vínculo contractual desde la fecha reclamada, de acuerdo al acervo probatorio relacionado en forma amplia, sin embargo, de acuerdo a la certificación laboral emitida inició, se itera, en el año 2011, y a pesar de que, en el aludido documento no se relacionó el día o el mes, ello no es impedimento alguno para que esta Sala entre a determinar el mismo, de acuerdo a los múltiples pronunciamientos realizados por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral[4] "*En tales condiciones, si se trata de la fecha de ingreso, teniendo únicamente como información el año, se podría dar por probado como data de iniciación de laborales el último día del último mes del año, pues se tendría la convicción que por lo menos ese día lo trabajó. Empero frente al extremo final, siguiendo las mismas directrices, sería el primer día del primer mes, pues por lo menos un día de esa anualidad pudo haberlo laborado*".

Luego entonces, al haberse certificado el inicio del vínculo contractual en el año 2011, se tendrá como extremo inicial el día 31 de diciembre de

[4] Sentencia SL 905-2013, reiterada en sentencia SL1181 de 2018

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

2011, dando aplicación al principio *minus petita*[5], de acuerdo a las pretensiones incoadas por la parte actora y sin que, con ello, se vulnere o quebrante el principio de consonancia regulado en el artículo 281 del Estatuto Procesal General y al no existir controversia en el extremo final del finiquito contractual, este permanecerá incólume.

DE LAS ACREENCIAS LABORALES

Como quiera que se modificó el extremo inicial del vínculo laboral, fluye en forma palmaria la modificación de la sentencia respecto al reconocimiento y pago de las cesantías, dado que, frente a las demás acreencias laborales, se declaró probada en forma parcial la excepción de prescripción y no se sentó ningún reparo al respecto.

DE LA LIQUIDACIÓN DE ACREENCIAS

Al centrar su inconformismo los extremos en contienda, frente a las operaciones aritméticas realizadas por la juez de conocimiento y al accederse al reconocimiento de las cesantías a favor de la señora Tinoco, desde el 31 de diciembre de 2011 hasta el 15 de febrero de 2019, estos dos ítems se estudiarán en forma conjunta.

Es así, como por concepto de acreencias laborales y cesantías, el señor Andrés Sandoval Luna, adeuda a la demandante, las siguientes sumas de dinero.

---

[5] Sentencia CSJ SL, 21 de Junio de 2011, Radicado No. 42768, sentencia SL5595 del 4 de diciembre de 2019.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Tabla Liquidación Prestaciones Sociales				
Año	***Cesantías***	***Intereses sobre cesantías***	***Prima de servicios***	***Vacaciones***
2.011	*$ 1.487,78*			
2.012	*$ 566.700,00*			
2.013	*$ 589.500,00*			
2.014	*$ 616.000,00*			
2.015	*$ 900.000,00*			*$ 395.000,00*
2.016	*$ 900.000,00*	*$ 94.800,00*	*$ 510.000,00*	*$ 450.000,00*
2.017	*$ 900.000,00*	*$ 108.000,00*		*$ 450.000,00*
2.018	*$ 900.000,00*	*$ 108.000,00*		*$ 450.000,00*
2.019	*$ 112.500,00*	*$ 1.687,50*		*$ 56.250,00*
Totales	***$ 5.486.188***	***$ 312.488***	***$ 510.000***	***$ 1.801.250***

De acuerdo a las operaciones aritméticas realizadas, se modificará el numeral segundo de la sentencia objeto de reproche, en el sentido de fijar como monto de acreencias laborales, causadas a favor de la señora Fanny del Carmen Tinoco y a cargo del demandado, Andrés Eduardo Sandoval, las sumas anteriormente relacionadas.

APORTES A SEGURIDAD SOCIAL

Al declararse en esta instancia la existencia de un contrato de trabajo entre el 31 de diciembre de 2011 y el 15 de febrero de 2019, basta decir que, de forma reiterada y pacífica, el Órgano de cierre en materia laboral ha modulado que en tratándose de aportes a la seguridad social en pensión, cuando el derecho se encuentra en construcción, las cotizaciones se tornan imprescriptibles, así lo dispuso el alto tribunal, entre otras, en la sentencia con radicación interna 35554 de 8 de mayo de 2012, al exponer que:

> «*en este punto, no operó la prescripción alegada en la contestación a la demanda, pues, como bien lo tiene indicado la jurisprudencia de esta Sala, los aportes a la seguridad social en pensión, cuando no se ha causado el*

derecho, son imprescriptibles. En efecto, en la sentencia de 6 de mayo de 2010 (Rad. 35083), se dijo:

"Según ese criterio, mientras no se cumplan los requisitos para configurar el derecho pensional obviamente no es exigible y, por lo tanto, no puede comenzar a correr el término prescriptivo; y las cotizaciones son un elemento constitutivo del derecho a la pensión, que mientras no se paguen en la densidad exigida en la ley, impiden la causación del derecho, de tal suerte que, en materia de prescripción, le deben ser aplicadas las mismas reglas, pues carece de todo sentido que el derecho en sí mismo considerado no se vea afectado por el fenómeno de la prescripción, pero que ello no ocurra respecto de los elementos que lo conforman, que, en verdad, le son inherentes».

En tal virtud, al haberse declarado la existencia de un contrato, se itera, desde el 31 de diciembre de 2011, no queda otro camino que condenar a Andrés Sandoval Luna a pagar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, a favor de la ex trabajadora, causados entre el 31 de diciembre de 2011 al 27 de marzo de 2014, con el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, previo cálculo actuarial que, para el efecto, expida la Administradora de Fondo de Pensiones al cual se encuentra vinculada la actora, al ser una consecuencia lógica de tal determinación, conforme a lo dispuesto en el artículo 15, numeral 1 de la Ley 100 de 1993, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-259 del 2 de abril de 2009, Magistrado Ponente, Doctor, Mauricio González Cuervo.

Colofón de lo anterior, de acuerdo a lo reglado con posterioridad, en las Resoluciones 2388 y 5858 de 2016, así como los Decretos 780 de 2016; 1990 de 2016; 923 y 1765 del 2017, dicho pago deberá realizarse a plena satisfacción de la entidad pensional, conforme al cálculo actuarial que esta última genere.

Sin desconocer en este punto, que, al no surgir ninguna discrepancia, frente a la determinación adoptada por la juez de conocimiento, respecto al pago de las diferencias avizoradas en las cotizaciones efectuadas entre

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

el 28 de marzo de 2014 y el 15 de febrero de 2019, no sufrirá ninguna modificación en este aspecto la sentencia.

SANCIÓN MORATORIA

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

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

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

De igual manera, ha advertido la Alta Corporación que con el propósito de establecer si la pasiva ha desplegado actuaciones enmarcadas bajo los

principios de buena o mala fe, dicho aspecto debe ser analizado para la calenda de fenecimiento del vínculo contractual y no en 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, en lo tocante, al actuar de buena fe del convocado a juicio, para tal efecto, es necesario memorar que es el empleador quien debe demostrar la probidad en el manejo de asuntos de la envergadura que merece el resguardo de los derechos laborales y, con ello, impedir la condena a título de moratoria.

A lo prenotado se suma, que la norma *ejusdem* reclame que le *«incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen»* y, que en aplicación de la carga dinámica de la prueba, le atañe al extremo procesal que se *«consider[e] 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 Andrés Sandoval Luna a la data de terminación del contrato a término indefinido, no se ajusta a los parámetros eximentes de la indemnización moratoria, y que en síntesis, son aquellos que buscan dilucidar actuaciones de buena fe en el proceder del patrono, pues, el hecho no afiliar a la trabajadora a un fondo de cesantías y por tanto, no consignarle tal concepto por los años de servicio, también el no reconocer y pagar las acreencias laborales en forma completa y efectuar el registro del pago de aportes al sistema de seguridad social con un salario inferior al realmente devengado, deja entrever que, se pretendía desconocer los derechos prestacionales de la demandante, sin encontrarse acreditados los motivos justificativos para su no cuantificación o reconocimiento en forma idónea, conllevando, sin lugar a dubitaciones adicionales, a confirmar la condena impartida frente al reconocimiento y pago de la indemnización relatada.

Finalmente, frente a la oposición sentada por el apoderado del demandado, a la declaración rendida de la señora Cecilia Jaramillo, esta Sala considera, que esta informó en forma espontánea los hechos que le constaban en forma directa y ello, se puede colegir, al aceptar no conocer

el extremo inicial, del vínculo laboral que ató a las partes, al estar muy pequeña y no conocerlo.

COSTAS

En esta segunda instancia las costas estarán a cargo del demandado y a favor de Fanny del Carmen Tinoco Escudero.

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: MODIFICAR el numeral **primero** de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho (18°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 25 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **FANNY DEL CARMEN TINOCO ESCUDERO** contra **ANDRÉS EDUARDO SANDOVAL LUNA** en el sentido de **DECLARAR** que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 31 de diciembre de 2011 hasta el 15 de febrero de 2019, devengando como último salario la suma de $900.000.

SEGUNDO. MODIFICAR el numeral **segundo, literal "a"** de la sentencia, en el sentido de **CONDENAR** a **ANDRÉS EDUARDO SANDOVAL LUNA** a pagar a favor de **FANNY DEL CARMEN TINOCO ESCUDERO,** debidamente indexadas las siguientes sumas de dinero:

a. $5.486.188 por concepto de auxilio de cesantías.
b. $312.488 por concepto de intereses a las cesantías.
c. $510.000 por concepto de prima de servicios.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

d. $1.801.250 por concepto de vacaciones.

TERCERO. ADICIONAR la sentencia, en el sentido de **ORDENAR** a **ANDRÉS EDUARDO SANDOVAL LUNA** reconocer y pagar a favor de **FANNY DEL CARMEN TINOCO ESCUDERO,** los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, desde el 31 de diciembre de 2010 y hasta el 27 de marzo de 2014, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, para cada anualidad.

CUARTO. CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de reproche.

QUINTO. COSTAS. En esta segunda estarán a cargo de la parte demandada y a favor de la demandante.

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 de la Ley 2213 de 2022.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

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 ANDRÉS EDUARDO SANDOVAL LUNA y a favor de la demandante, FANNY DEL CARMEN TINOCO ESCUDERO en la suma de Un millón de pesos m/cte ($1.000.000.)



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ISRAEL BAUTISTA LÓPEZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y uno (31) días del mes de agosto del año dos mil veintidós (2022), 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 en la Ley 2213 de 2022[1]; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede en forma a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor ISRAEL BAUTISTA LÓPEZ, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, para que previos los trámites procesales pertinentes se declare que tiene derecho a que se le incremente su mesada pensional en un 7% por tener una hija a cargo y se debe ordenar el pago del retroactivo pensional causado desde el 1 de octubre de 2011,

---

[1] *«Artículo 13. **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»*

debidamente indexado y se deben pagar las mesadas causadas mes a mes y las que se causen con posterioridad, mientras subsistan las causas que le dieron origen y se condene en costas a la demandada.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 3 a 5 del archivo 02 del expediente digital, que en síntesis advierten, que, el Instituto de Seguros Sociales reconoció la pensión de vejez mediante Resolución No. 122440 de 2011, equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente; que, le fue aplicado el régimen de transición; que, es padre de la menor Sol Verónica Bautista Cuesta; que tiene afiliada como beneficiaria en salud a su menor hija; que su hija se encuentra cursando grado 10 de educación secundaria y depende económicamente de él; que, el 14 de noviembre de 2019 solicitó el reconocimiento del incremento pensional y tal pedimento fue resuelto en forma desfavorable.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** sentó su oposición frente a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, de acuerdo a lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019, los incrementos pensionales dejaron de existir a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Como medios **exceptivos** propuso los de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, innominada o genérica, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (archivo 07 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Dieciocho (18°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 22 de

abril de 2022, en el que, resolvió; **absolver** a Colpensiones de las pretensiones incoadas por el demandante; **declaró** probada la excepción denominada "*cobro de lo no debido*" propuesta por la demandada; **condenó** en costas al demandante; **ordenó** la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

> *"…Para concluir es necesario traer a colación la Resolución 122440 del 2011 en la que se reconoció la prestación del demandante, el 1 de octubre de 2011, ello con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sin que pueda hablarse de derechos adquiridos en favor del demandante. Así las cosas, este no tiene derecho al incremento pensional por persona a cargo de una menor de edad, estudiante, establecido en el artículo 21 del Acuerdo 049 literal "a", por encontrarse derogado, es decir, que para la fecha de su reconocimiento pensional ya no estaba vigente esta norma…".*

CONSULTA

Surtidos los términos procesales, sin que la parte demandada Colpensiones interpusiera recurso de apelación, la decisión fue enviada a fin de 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 13 de la Ley 2213 de 2022, la parte demandada allegó sus alegaciones finales.

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

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 4º de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folios 15 del archivo 02 del expediente digital la petición radicada por el demandante en las dependencias de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, solicitando el reconocimiento y pago del incremento pensional el 14 de noviembre de 2019.

PROBLEMA JURIDICO

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 66 A del C.P.T, procede esta Sala de Decisión a determinar si el incremento pensional del 7% contemplado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990 se encuentra vigente y en caso afirmativo, establecer si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de tal beneficio prestacional.

INCREMENTO PENSIONAL DEL 7% POR HIJA A CARGO

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

Dentro de esta evolución, y mediante el Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 de esa anualidad, se reglamentó el régimen de vejez de manera precaria y solamente, para el personal vinculado a la entidad administradora de pensiones, estableciendo el legislador un incentivo sobre el monto de la pensión, bajo el concepto de lo que se entiende por familia en su mínima expresión, ello es, cónyuge o compañera permanente e hijos menores de 16 años o de 18 años que se encuentren estudiando, o por los hijos inválidos no pensionados a cualquier edad, sin que pueda exceder este incentivo del 42% sobre el monto de la pensión de vejez, incremento en la mesada del pensionado que, en igual sentido, fue estatuido por el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, ello es, todo antes de la Ley 100.

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

DE LA VIGENCIA DE LOS INCREMENTOS PENSIONALES

La H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, con ponencia del Doctor, Luis Benedicto Herrera Díaz, el 19 de mayo de 2021, en sentencia SL2061-2021, Radicado No. 84054, dispuso;

"*…En relación con los incrementos pensionales por personas a cargo de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, basta decir que esa norma fue objeto de derogación orgánica, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 y resulta incompatible con el artículo 48 de la CN, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia CC SU-140-2019:*

[…]

En efecto, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese mismo año, dejó de existir con ocasión de la derogatoria tácita que sobre este implicó expedición de la Ley 100 de 1993. Como se señaló bajo el numeral 3 supra, con dicha Ley 100 el Legislador previó una nueva regulación integral de la generalidad del sistema de seguridad social, incluyendo para el caso que ahora ocupa a la Corte, dicho sistema en su dimensión pensional. Tal derogatoria, además de estar respaldada por la doctrina especializada (ver supra 3.2.2.), ha sido respaldada por la propia Corte a través de la línea jurisprudencial que se esbozó bajo el numeral 3.2.3 supra y suficientemente explicada a la luz del particular objeto del régimen de transición que previó el artículo 36 de la mentada Ley 100 (ver supra 3.2.8-3.2.11).

[…]

7. CONCLUSIONES

De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015.

De lo expuesto, obvio resulta que la reclamación es improcedente y, por tanto, se absolverá de ella a la demandada."

De acuerdo al planteamiento jurisprudencial de los incrementos pensionales por personas a cargo, consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual señala que las pensiones mensuales de invalidez y vejez se incrementarán en un 14% y 7% por cónyuge o compañero(a)

permanente o hijos menores o inválidos del beneficiario, que dependan económicamente de éste y no disfruten de una pensión, es necesario precisar que, dicha preceptiva legal fue derogada orgánicamente a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993 y en consecuencia, solo conservan efectos ultractivos para quienes tenían un derecho adquirido al momento de la expedición de la ley de seguridad social integral.

A la anterior conclusión arriba, luego de establecer que fue a través de la Ley 100 de 1993, que el Estado ambicionó enfrentar el sistema de seguridad social que se manifestaba como inviable, con baja cobertura e inclemente inequidad, para cuya solución fue necesario la reestructuración del sistema con miras a lograr una mejor eficiencia del servicio, con inclusión de los sectores más vulnerables, adecuándose a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida, equilibrando la relación entre las contribuciones y beneficios, mejorando los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema.

Con similares objetivos, fue expedida la Ley 797 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005, que propenden por la finalización de regímenes especiales diferentes al del régimen general, obligatoriedad y uniformidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, tope máximo del valor de las pensiones, cobertura universal y pago efectivo de las prestaciones; de ahí la importancia de haber previsto cambios que permitieran no solo la equidad sino también la sostenibilidad financiera del sistema.

De esta manera, si bien la Ley 100 de 1993, no dispuso una derogatoria expresa de dicha dadiva legal, lo cierto es que al haberse efectuado una regulación integral en materia de seguridad social, reglamentando de modo exhaustivo sus diferentes componentes en el ámbito nacional, en

torno a la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos, prestaciones, unificación de normatividad y planeación de la seguridad social, como se deprende del contenido de sus artículos 2º, 5º, y 6º, se configura una derogatoria tácita, que la jurisprudencia ha convenido en denominarla como derogatoria orgánica, cuya consecuencia jurídica no es otra que, dejar sin vigencia las regulaciones anteriores dentro de los cuales cohabitaban los referidos incrementos, sin perjuicio de lo dispuesto en el nuevo sistema respecto de los derechos adquiridos y los regímenes de transición normativa.

Frente al tema de los derechos adquiridos, deben atenderse los artículos 11, 36 y 289 de ley 100 de 1993, que en acatamiento del artículo 58 de nuestra Carta Política, establecen su salvaguarda, por ende, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 o hayan cumplido para dicho momento los presupuestos de la normativa anterior, conservan el derecho al incremento pensional, siempre que mantengan las condiciones previstas en el art. 21 del Decreto 758 de 1990.

Y respecto del régimen de transición, mecanismo dirigido a proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, el art. 36 de la Ley 100 de 1993, limitó la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes anteriores, solamente a tres aspectos: edad, tiempo y monto. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez deben regirse por las disposiciones contenidas en la ley 100, por así disponerlo la norma en mención.

Ahora, no puede pretenderse que se incluya el incremento deprecado en el monto de la pensión a que alude el régimen de transición, pues

acudiendo a su descripción normativa resulta clara su naturaleza accesoria a la pensión de vejez, como se extrae del contenido del art. 22 del Decreto 758 de 1990, que señala que no forman parte integrante de la pensión de invalidez o vejez que reconoce el ISS. Hecho éste que reafirma aún más la existencia de una derogatoria orgánica del sistema pensional anterior, ya que, de no haber existido, el legislador no hubiera tenido que establecer un régimen de transición como mecanismo para salvaguardar las aspiraciones de quienes estaban cerca a acceder a un derecho en virtud del régimen que se pretendía reemplazar.

Tampoco se puede considerar que los incrementos estudiados tengan la connotación de un derecho adquirido para aquellas personas beneficiarias del régimen de transición, en tanto, nunca nacieron a la vida jurídica, por no haberse cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Es claro que ellos cuentan con una naturaleza accesoria al derecho principal, que no es otro que la pensión de vejez.

De igual manera, resulta imposible llegar a la conclusión de que se trata de los beneficios económicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005, pues ellos están previstos como ayuda para personas de escasos recursos sin posibilidad de acceder a una pensión de vejez.

Abundando en razones y en defecto de la derogatoria orgánica, encuentra la Corte que con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, existe una derogatoria tácita en estricto sentido, al haberse expulsado del ordenamiento el art. 21 del Decreto 758 de 1990, al ser evidentemente contrario a la norma constitucional, que restringe los beneficios pensionales únicamente a los previstos en la Ley 100 y demás normas posteriores, y al no acompasarse con la correspondencia

que según su contenido debe existir entre aportes y el monto pensional, ya que el sistema de seguridad social integral no cuenta con cotizaciones que soporten el reconocimiento de los incrementos, afectando su sostenibilidad financiera.

Finalmente, si los anteriores razonamientos no resultaren suficientes para entender que los incrementos han sido orgánicamente derogados, los mismos deben ser inaplicados por inconstitucionales pues no se avienen al contenido del inciso 11 del artículo 48 de la Constitución Nacional, por las mencionadas razones.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es evidente que los incrementos previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico desde que entró a regir la Ley 100 de 1993, los cuales solo conservan efectos ultractivos para quienes a dicha data cuenten con un derecho adquirido. En respaldo de este razonamiento, no resulta viable la aplicación del principio de favorabilidad, que depende de la existencia de dos o más normas jurídicas vigentes, ni menos aún del principio de *in dubio pro operario*, pues no tiene sentido examinar el propósito de una norma que se itera, perdió su vigencia en el ordenamiento jurídico.

CASO CONCRETO

En el sub examine, sea lo primero advertir que, no existe discusión respecto del estatus de pensionado del señor Israel Bautista López, a quien se le reconoció una pensión de vejez, a partir del 1 de octubre de 2011, mediante la Resolución No 122440 del 13 de octubre de 2011, y en el que se reconoció la prestación en cumplimiento de lo dispuesto en el régimen de transición y por ende cumplir con los requisitos reglados en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del

mismo año, en consecuencia, al no contar con un derecho adquirido a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, sino en una mera expectativa, siguiendo los derroteros expuestos, no queda otro camino que absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

En consecuencia, se confirmará la absolución impartida por el *A quo*.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia al conocerse el proceso en el grado jurisdiccional de consulta.

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,

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública celebrada el día 22 de abril de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ISRAEL BAUTISTA LÓPEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

SEGUNDO: COSTAS. Sin costas en esta instancia, al conocerse del proceso en el grado jurisdiccional de consulta.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 de la Ley 2213 de 2022.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MIGUEL ÁNGEL CELIS ROBLES** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto del año dos mil veintidós (2022), 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 en la Ley 2213 de 2022[1]*;* 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,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **MIGUEL ÁNGEL CELIS ROBLES,** por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra

---

[1] «***ARTÍCULO 13. 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».*

COLPENSIONES, pretendiendo se condene a la reliquidación de la pensión a partir del 1º de julio de 1994, teniendo en cuenta la aplicación plena del Decreto 758 de 1990 y con base en las cotizaciones efectuadas en las últimas 100 semanas, junto con los intereses moratorios, la indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (fl. 4 archivo 01 del expediente digital).

Fundamenta su *petitum* en los supuestos de facto relatados a folio 4 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten que, cotizó al Sistema General de Pensiones en el RPM, del 2 de diciembre de 1968 al 30 de junio de 1994, un total de 1.297 semanas, además, cumplió el requisito de edad de pensión el 5 de noviembre de 1992, por cuanto nació el mismo día y mes del año 1932. Añade que el 2 de agosto de 1993 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual le fue reconocida por el extinto ISS mediante Resolución 001404 del 31 de agosto de 1994, en cuantía inicial de $604.748, a partir del 30 de agosto de 1994, de conformidad con el Decreto 758 de 1990. Que contra la anterior determinación formuló recurso de apelación persiguiendo la correcta liquidación de la prestación deprecada, mismo que fue desatado en Resolución 1851 del 27 de julio de 1995, en el sentido de modificar la cuantía inicial en $996.734, a partir del 1º de julio de 1994. Concluye indicando que el 6 de septiembre de 2019, elevó nueva solicitud de reliquidación, la cual fue concedida en Resolución SUB 301972.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** contestó oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo para el efecto que dentro del proceso 007 2008 00885 que cursó en el Juzgado Séptimo Laboral de Barranquilla, se absolvió a la entidad de la reliquidación aquí invocada haciendo tránsito a cosa juzgada, a más que mediante Resolución SUB 301972 del 1º de noviembre de 2019, se ordenó reconocer y pagar reliquidación de la prestación a favor del actor, junto con el retroactivo pensional, causado desde el 6 de diciembre de 2016. **Excepciones:**

Propuso como medios exceptivos los denominados cosa juzgada, inexistencia del derecho reclamado, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (folios 36 a 50 archivo 05 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 22 de junio de 2022, resolvió **absolver** a la demandada de las pretensiones formuladas por el actor y **condenarlo** en costas (Archivo 10 del expediente digital).

> Lo anterior por considerar el *A quo* que en el presente caso se encuentra probada la excepción de cosa juzgada, como quiera que entre el actual proceso y el promovido con anterioridad por el demandante, concurren la identidad de partes, causa y objeto; precisando sobre este último elemento que en la demanda que ocupa la atención del Despacho se persigue la reliquidación del IBL con base en el promedio de lo cotizado durante las últimas 100 semanas, en virtud del Acuerdo 049 de 1990, lo cual fue abordado en el proceso anterior, en el que el Juzgado de Conocimiento estableció cómo se debía liquidar la pensión, accediendo a la reliquidación allí deprecada, decisión que fue revocada por el Tribunal y no casada por la Corte Suprema de Justicia. Concluyendo que en esta oportunidad al Juzgado le está vedado emitir pronunciamiento, dado que ya existe una sentencia que se encuentra investida de certeza y seguridad jurídica.
>
> Añade que, en gracia de discusión, la entidad demandada viene reconociendo la pensión dando aplicación plena al Decreto 758 de 1990,

conforme a la Resolución SUB 301972 del 1º de noviembre de 2019, cuya liquidación se encuentra acorde a derecho, de conformidad con la revisión efectuada por el Juzgado.

RECURSO DE APELACIÓN:

El demandante **MIGUEL ÁNGEL CELIS ROBLES** interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación aduciendo como motivos de disidencia, que no se encuentra demostrada la cosa juzgada reconocida por el Juzgado de Conocimiento, porque las pretensiones del proceso anterior y del actual proceso, son totalmente diferentes; así en el primero se solicitó la reliquidación de la pensión de vejez conforme al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, con base en el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años, toda la vida laboral o por el tiempo que le hacía falta para consolidar la pensión, lo cual difiere de lo perseguido en el presente proceso, en el cual se solicitó la reliquidación de la prestación, dando aplicación plena al Decreto 758 de 1990. Añade que la Corte Suprema de Justicia en el anterior litigio, destacó que la decisión del *ad quem* se encontraba conforme a derecho, en tanto aplicó las normas contenidas en el Acuerdo 049 de 1990, pues la pensión de vejez del actor se causó en plena vigencia de dicha norma, de manera que no le son extensivas las prerrogativas del régimen de transición.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la parte actora allegó sus alegaciones finales.

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 4º de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de la petición radicada el 6 de agosto de 2019, en la cual reclamó la reliquidación de la pensión de vejez con el promedio de lo cotizado durante las últimas 100 semanas, folio 11 archivo 01 del expediente digital.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y las inconformidades planteadas por la parte recurrente, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* el determinar si hay lugar a ordenar la reliquidación de la mesada pensional con base en el promedio de las últimas 100 semanas cotizadas o, si por el contrario, debe confirmarse la absolución impartida por el *A- quo* al encontrar probada la excepción de cosa juzgada.

RELIQUIDACIÓN PENSIONAL – COSA JUZGADA

El proceso ordinario laboral puesto a consideración de esta jurisdicción inició por demanda interpuesta por MIGUEL ÁNGEL CELIS ROBLES contra COLPENSIONES, *libelo* demandatorio mediante el cual pretende la reliquidación de la mesada pensional, *«teniendo en cuenta la aplicación plena del Decreto 758 de 1990»* y *«teniendo en cuenta las cotizaciones efectuadas durante las últimas cien (100) semanas cotizadas»*, junto con los intereses moratorios y la indexación, folio 4 archivo 01 del expediente digital.

Así mismo, evidencia esta Sala de Decisión en el expediente administrativo allegado por Colpensiones (Carpeta 06 del expediente digital), copia de las decisiones proferidas en primera y segunda instancia, así como en sede de casación, dentro del proceso 0800131050072008885 promovido por el actor contra Colpensiones, gestado por el Juzgado 7º Laboral del Circuito de Barranquilla, en el cual, según da cuenta la sentencia del 31 de agosto de 2011 proferida por la Sala Segunda de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que el convocante suplicó:

> *«A través de apoderado judicial, pretende el señor MIGUEL ÁNGEL CELIS ROBLES que se ordene al ISTITUTO DE SEGURO SOCIAL, al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en cuantía de $1.974.000, a partir del 1 de julio de 2004, retroactivo pensional de las diferencias causadas, la indexación y los intereses de mora».*

Alegando que nació el 5 de noviembre de 1932 y cumplió 60 años el mismo día y mes del año 1992; además, que cotizó un total de 1331 semanas hasta el 30 de junio de 1994, cumpliendo el segundo presupuesto para la pensión de vejez, por manera que, el 2 de agosto de 1993, solicitó su reconocimiento, la cual fue concedida mediante la Resolución 001404 del 31 de agosto de 1994, en cuantía inicial de $604.748, a partir del 30 de agosto de 1994, con base en 1.331 semana, doliéndose que la misma no fue reconocida conforme al inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por tanto, interpuso recurso de apelación, el que fue resuelto en Resolución 1851 de 1995, en el sentido de modificar la cuantía inicial en $996.734, con base en 1.323 semanas y un IBL de $1.107.182,50, acotando que el IBL a aplicar corresponde al de la mentada norma, esto es, al promedio de lo devengado en el tiempo que faltare para consolidar su pensión.

Con ocasión a dicha demanda, en sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Barranquilla obrante en el expediente administrativo (Carpeta 06 del expediente digital) se condenó a la convocada a reliquidar la pensión del actor, determinación revocada por el

Tribunal Superior de ese Distrito Judicial en proveído del 31 de agosto de 2011, mediante la cual consideró:

> *«En este caso, se determina que el señor MIGUEL ÁNGEL CELIS ROBLES, cumplió los requisitos de edad y de semanas cotizadas cuando se encontraba en vigencia el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año; lo que implica que este al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el día primero de abril de 1994, era titular de un derecho adquirido el cual es protegido por la misma normatividad, que en su artículo 11 dispone que el nuevo sistema de seguridad social conserva y respecta (sic)* ***"todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión."***
>
> *Por las anteriores razones, no es factible el argumento del juez de primera instancia quien indica que por no cumplirse con el requisito de retiro del sistema y al ser reconocida la pensión por el Instituto de Seguro Social el día 1 de agosto de 1994, cuando ya se encontraba vigente la ley 100 de 1993, debía reconocerse con fundamento en la misma; debido a que el derecho del demandante se consolidó en vigencia del régimen anterior, que lo es el Acuerdo 049 de 1990, y el retiro del sistema lo único que condiciona es el disfrute de la pensión, y no es dable confundir la causación del derecho con su disfrute; por lo cual la actuación del Instituto se encuentra ajustada a derecho.*
>
> *(…)»*

Dicha decisión fue revisada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, autoridad que, en sentencia del 17 de abril de 2018, resolvió no casar la sentencia del Tribunal motivando entre otras cosas, que:

> *«El Tribunal no cometió el defecto advertido, pues dada la fecha de causación del derecho, hecho no discutido, la norma que regulaba el caso lo era el Acuerdo en comento. El censor acude al inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para demostrar el yerro, pues insiste en que nunca pretendió ser beneficiario de la transición, sino que le fuera aplicada toda la Ley 100, pues estimó que la edad la regulaba el señalado inciso y, que precisaba de su aplicación, más no de la transición. Pero bajo tal argumentación no entiende la Corte, entonces, cómo cumpliría el requisito*

de las semanas cotizadas, que, como se recuerda, el Tribunal concluyó que ocurrió en vigencia del Acuerdo 049 de 1990.

El ad quem, descartó la aplicación del régimen de transición, se repite al concluir que a la entrada en vigencia de la Ley 100, ya tenía un derecho adquirido bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990, por ende, su IBL se calculó conforme lo hizo el demandado; que no por haberse reconocido la prestación en vigencia de la ley de seguridad social integral, debía tomarse como lo pretendió, pues las semanas cotizadas en vigencia de ésta, lo fueron adicionales a las 1000 requeridas por la norma bajo la cual se consolidó.

(…)»

Acorde a lo anterior, procede esta instancia a resolver el *sub lite* puesto a su consideración, estableciendo en primera medida y para claridad de la parte demandante la norma que instituyó la figura procesal de la cosa juzgada, que no es otra diferente al art. 303 del Código de General del Proceso que señaló:

«ARTÍCULO 303. COSA JUZGADA. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.
(…)»

De conformidad, con lo señalado por el legislador, se tiene que la cosa juzgada procede cuando existe una sentencia ejecutoriada, proferida en un proceso contencioso judicial, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto "*eadem res*", se funde en la misma causa que el anterior "*eadem causa petendi*" y, que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes "*eadem conditio personarum*".

De suerte que, el objeto de un proceso se encuentra definido tanto por las declaraciones que, en concreto, se solicitan de la administración de justicia, como por el pronunciamiento específico del órgano judicial en la parte resolutiva de la respectiva sentencia. En relación con la causa *petendi* o causa de pedir, las mismas fuentes señalan que ésta hace referencia a las razones que sustentan las peticiones del demandante ante

el juez. Es así como la causa *petendi* contiene, por una parte, un componente fáctico constituido por una serie de hechos concretos y, de otro lado, un componente jurídico, formado por las normas jurídicas a las cuales se deben adecuar los hechos planteados y el proceso argumentativo que sustenta la anotada adecuación[2].

En claro lo anterior, se tiene que en el asunto que ahora ocupa la atención de esta Colegiatura, existe identidad jurídica de partes con el que fuere resuelto por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Barranquilla, límite subjetivo que coincide en ambos juicios; respecto a la identidad de objeto y de *causa petendi* ha de indicarse que el *petitum* condenatorio deriva de la reliquidación de la pensión del demandante, como aspecto rogado en ambos litigios.

Siendo oportuno aclarar, que si bien en el primer proceso se peticionó la reliquidación del IBL conforme al régimen de transición, bajo la regla prevista en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cual es disímil a lo pretendido en el actual, relativo a la reliquidación del IBL aplicando de manera total el Acuerdo 049 de 1990, esto es, con el promedio de lo cotizado en la últimas 100 semanas de cotización, lo cierto es que esta última petición sí fue dilucidada en el litigio 007 2008 00885, como quiera que conforme a las decisiones de segunda instancia y en sede de casación traídas a colación, en tal trámite se definió expresamente que la pensión del actor debía tener como único sustento el Acuerdo 049 de 1990, dado que se causó en vigencia de la normatividad *ejusdem*, concluyendo además las autoridades judiciales, y en específico el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que al ser ello atendido por la entidad demandada, el reconocimiento pensional efectuado por esta, se encuentra conforme a derecho.

[2] H. Corte Constitucional T-185 de 2013

De esta manera, aunque en la demanda anterior, el actor no solicitó expresamente la reliquidación que aquí se reclamada, no puede pasarse por alto, que al resolver el asunto planteado, el juez de la causa sí se pronunció sobre ella, al punto que, se *itera*, dejó sentado claramente que la prestación de vejez ha de tener como único sustento normativo el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de símil año, lo cual fue atendido por el entonces ISS hoy Colpensiones, cuyo reconocimiento pensional no le mereció ningún reproche, por encontrarse en sintonía con el ordenamiento, lo cual evidencia un claro pronunciamiento sobre las pretensiones debatidas en esta oportunidad, que deriva en cosa juzgada.

Al punto, innegable resulta traer al debate la determinación de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en sentencia SL972-2021, Magistrado Ponente Jorge Luis Quiroz Alemán:

> *«(…) para determinar si existe identidad de objeto, el juez debe estudiar si con su resolución contradice una decisión anterior, estimando un derecho ya negado o desestimando un derecho afirmado por la decisión precedente. El respectivo análisis no sólo debe precisar si existe identidad entre los planteamientos y pretensiones ventiladas en los procesos , **también debe comprender que cuestiones {que} ya fueron objeto de resolución y se encuentran excluidas de pronunciamiento para no generar el desconocimiento del bien jurídico reconocido de manera precedente**».* (Resalta la Sala).

En tal contexto, considera esta instancia que la decisión final del *A- quo* resultó acertada, en tanto encontró probada la excepción de cosa juzgada, por la manifestación previa de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en atención a otro pleito judicial.

Cumple destacar, que la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia en sentencia bajo radicación 31607 del 28 de abril de 2009 con ponencia del H. Magistrado Dr. Francisco Javier Ricaurte Gómez advirtió la inmutabilidad de las providencias, como garantía del principio de la seguridad jurídica que identifica el Estado Social de Derecho, proveído que señaló:

«… no es que al actor se le esté desconociendo un derecho por un impedimento procesal, sino que éste (su derecho) ya fue definido en un proceso anterior, donde se le otorgaron todas las garantías, y donde se dio amplio debate a sus pretensiones y donde se hizo prevalecer el derecho sustancial sobre el procesal, lo que no es posible es que ese debate se presente indefinidamente, cada vez que el actor considere que tiene una oportunidad de salir avante y en aplicación del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas.

Es del caso reiterar aquí lo dicho en torno al tema, en reciente fallo del 3 de marzo del corriente año (radicación 35829), frente a similar planteamiento:

> *"Ello, por la potísima razón de que el acceso a la administración de justicia impone a los jueces competentes en las diversas causas el deber de resolverlas conforme al ordenamiento jurídico que las regula, con observación de las formas propias de cada juicio y, de ser necesario, auxiliándose de la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, como criterios auxiliares de la actividad judicial que son. Pero a la vez, el ejercicio de tal derecho impone a los particulares, entre otras, la obligación de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia, lo que implica para quienes acuden a ella el acatamiento de lo allí resuelto, de modo que, por tal razón, la ley procesal protege la definitividad e inmutabilidad que por regla general se predican de la sentencia por medio de la institución de la cosa juzgada, que a la vez que propende por la ejecutoria material de lo resuelto por el juzgador del caso, conjura la posibilidad de que respecto de unos mismos y particulares hechos se produzcan decisiones contradictorias"* (Resalta fuera de texto)

De lo expuesto se sigue, la necesaria confirmación de la sentencia de primera instancia, manifestando que la decisión impartida dentro del proceso 007 2008 00885 surte plenos efectos sobre la reliquidación rogada por el demandante, cerrando la posibilidad de un nuevo debate jurídico acerca del mismo asunto.

COSTAS

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

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 Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 22 de junio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **MIGUEL ÁNGEL CELIS ROBLES** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, de conformidad 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 le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio de la Ley 2213 de 2022.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

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 parte demandante en $300.000.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MAURICIO MUÑOZ PEDRAZA** CONTRA **CONSORCIO RUTA 40** Y **OTROS** (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto del año dos mil veintidós (2022), 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 en la Ley 2213 de 2022[1]*;* 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,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **MAURICIO MUÑOZ PEDRAZA,** por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra el CONSORCIO RUTA 40, y las sociedades que lo integran, VINCI CONSTRUCTION GRANDS PROJETS SUCURSAL COLOMBIA, VINCI

---

[1] «***ARTÍCULO 13. 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».*

CONSTRUCTION TERRASSEMENT SUCRUSAL COLOMBIA y CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A., pretendiendo se declare que es titular de la protección constitucional de pre pensionado, así como la nulidad o ineficacia del acuerdo transaccional celebrado el 18 de diciembre de 2018, suscrito entre las partes. En consecuencia, se ordene al consorcio demandado y sociedades partícipes, su reintegro al cargo de Director del Consorcio o, a uno de condiciones similares, el cual se debe conservar hasta la fecha en que le sea reconocida la pensión de vejez y haya sido ingresado en nómina, al igual que al pago de los salarios y las vacaciones dejadas de percibir desde el 1° de enero de 2019 hasta la fecha eventual de reintegro, junto con los aportes al Sistema de Seguridad Social, la indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (fls. 8 y 9 archivo 01 del expediente digital).

Fundamenta su *petitum* en los supuestos de facto relatados a folios 4 a 8 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten que, nació el 17 de octubre de 2021 de 1959, motivo por el cual cuenta con 61 años; además, que ha estado afiliado al RPM desde el 1° de julio de 1980. Indica que el Consorcio Ruta 40 tiene a su cargo los trabajos en construcción en el proyecto de ampliación del tercer carril de la autopista Bogotá-Girardot, el cual está conformado por las sociedades Vinci Construction Grands Projetssucursal Colombia, Vinci Construction Terrassement Sucursal Colombia y Constructora Conconcreto S.A., con el cual suscribió contrato de trabajo a partir del 8 de noviembre de 2016, para desempeñar el cargo de Gerente, a cambio de una remuneración mensual de $25.000.000, más la suma de $11.000.000, de carácter no salarial. Que el último salario devengado para el año 2018, ascendió al valor de $37.473.000. Refiere que el 17 de octubre de 2018, cumplió 59 años, faltándole únicamente 3 años para cumplir la edad de pensión. Dice que el 23 de octubre de símil año, al finalizar la reunión mensual del comité directivo de la encartada, le fue informado que su contrato de trabajo sería terminado a partir del 31 de octubre de 2018, sin embargo, tal determinación no fue plasmada en el acta levantada por el Comité. Indica que, al 30 de noviembre de

2018, contaba con 1.100 semanas de cotización al Sistema General de Pensiones, acotando que solicitó la corrección de su historia laboral, por cuanto esta presentaba ciertas inconsistencias. Que en reunión del 11 de noviembre de 2018, indicó a funcionarios de Constructora Conconcreto S.A. que conforme al tiempo que ha laborado, ostenta la calidad de pre pensionado, además, los alcances de la reunión le fueron informados a los miembros del Comité Directivo del Consorcio como al director de recursos humanos para Latinoamérica de Vinci Construction Grands Projects; sin embargo, sobre ello las demandadas no emitieron pronunciamiento alguno, como tampoco a los correos electrónicos que remitió para la definición de su situación laboral. Sostiene que todo el personal del Consorcio fue informado sobre su finiquito, pese a que no mediaba ninguna terminación formal de su contrato de trabajo. Agrega que el 5 de diciembre de 2018, recibió documento denominado Acta de Terminación de Contrato de Trabajo, a la cual efectuó unas observaciones mediante mensaje de datos. Que después de cruce de diferentes correos, se vio obligado a firmar tal acta con fecha 18 de diciembre de 2018, en el que se le reconoció un valor de $382.318.500, que incluyó una bonificación de $330.573.372; además, se vio presionado por las deudas generadas por los estudios universitarios de uno de sus hijos, por más de $40.000 dólares semestrales en New York University, e igualmente, por las contingencias derivadas del tratamiento médico que necesitaba su hijo menor para combatir un Macroadenoma por un tumor en la Hipófisis. Señala que, una vez corregida su historia laboral, cuenta con 1.252 de semanas de cotización al 1º de enero de 2019; además que no ha logrado obtener empleo y ya no cuenta con la liquidación que le fue reconocida.

CONTESTACIÓN: Las demandadas **VINCI CONSTRUCTION TERRASSEMENT SUCURSAL COLOMBIA**, **VINCI CONSTRUCTION GRANDS PROJETS SUCURSAL COLOMBIA** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A**., como integrantes del **CONSORCIO RUTA 40,** contestaron el *libelo introductor* oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, aduciendo para el efecto que, no existe prueba de ningún

vicio del consentimiento en el presente proceso, a más que la terminación de la relación laboral se debió a un acuerdo entre las partes, que concluyó con la firma de un acta de transacción, la cual fue suscrita de manera voluntaria por el actor, y así mismo, recibió el dinero entregado por el Consorcio a completa satisfacción, por lo que tal acuerdo goza de plena validez y hace tránsito a cosa juzgada sobre las obligaciones derivadas de la ejecución y extinción del nexo, a través del cual el accionante declaró a la empresa a paz y salvo por esos derechos laborales. Señaló que no se cumplen los presupuestos legales y jurisprudenciales establecidos para el fuero de estabilidad laboral reforzada de pre-pensionado, por manera que no habrá lugar al reintegro, y mucho menos, al pago de salarios prestaciones sociales dejadas de percibir. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados cosa juzgada, cobro de lo no debido por inexistencia de la causa y de la obligación, inexistencia de estabilidad laboral reforzada por no cumplimiento de las condiciones fijadas por la Corte Constitucional, imposibilidad de reintegro, improcedencia de los pagos pretendidos al no existir posibilidad de reintegro, buena fe, prescripción y compensación (folios 189 a 208 archivo 06, 264 a 286 archivo 07, 338 a 357 archivo 08 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 14 de junio de 2022, resolvió **declarar** probada la excepción de cosa juzgada, y por ende, **absolver** a las demandadas de las pretensiones incoadas por el demandante; **condenar** en costas a la parte activa (folio 509 archivo 12 del expediente digital).

> Lo anterior por considerar el *A quo* que las partes comparecientes terminaron el contrato de trabajo de mutuo acuerdo, en el cual hubo mutuas concesiones frente a las diferencias existentes, siendo celebrado de manera libre y voluntaria, después de más de 2 meses de

negociación, que no evidencia una violación de derechos ciertos e indiscutibles, como quiera que la estabilidad laboral reforzada, de cualquier manera, corresponde a una discusión de derechos inciertos y discutibles. Añade que el convocante no acreditó ningún vicio en el consentimiento, como error, fuerza o dolo, acotando que el ofrecimiento hecho por la parte empleadora en una transacción o conciliación, no es sinónimo de presión, dado que el trabajador bien puede aceptar o rechazar la oferta. Concluye advirtiendo que las pretensiones de la demanda están afectadas por el fenómeno de la cosa juzgada, al no estar el acta de terminación del contrato de mutuo acuerdo viciada de nulidad, lo que de contera deviene en su improsperidad.

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 13 de la Ley 2213 de 2022, la parte demandada allegó sus alegaciones finales.

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y de conformidad con el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor del demandante,

esta Colegiatura en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* el determinar sí carece de validez el Acta Transaccional mediante la cual las partes decidieron dar por terminado el contrato de trabajo de mutuo acuerdo y, si a consecuencia de ello, le asiste el derecho al reintegro deprecado en la demanda.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues fue así aceptado por las demandadas en la contestación del *introductorio*; lo que adicional se corrobora de los medios de convicción obrantes en el expediente digital, analizados bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT; en especial, copia cédula de ciudadanía del demandante (fl. 26 archivo 01), contrato de trabajo a término indefinido y otro sí (fls. 27 a 30 archivo 01, 216 a 218 archivo 06, 292 a 294 archivo 07, 410 a 412 archivo 08), certificaciones laborales (fls. 31 a 32 archivo 01), comprobantes de nómina (fls. 33, 80 archivo 01), comunicado del Comité Directivo Consorcio Ruta 40 (fl. 34 archivo 01), oficio del 29 de noviembre de 2018 emitido por Colpensiones (fl. 35 archivo 01), formulario corrección historia laboral (fls. 36 a 39 archivo 01), historia laboral emitida por Colpensiones de fecha 30 de noviembre de 2018 (fls. 40 a 41 archivo 01), comunicaciones radicadas por el actor ante las demandadas (fls. 42 a 46 archivo 01), correos electrónicos (fls. 47 a 57, 63, 67 a 79 archivo 01, 222 a 225, 232, 234 a 240 archivo 06, 298 a 301, 308 y 310 a 316 archivo 07, 416 a 419, 426, 428 a 434 archivo 08), acta de terminación contrato de trabajo por mutuo acuerdo (fls. 58 a 60 archivo 01, 221 y 231 archivo 06, 297 y 307 archivo 07, 415 y 425archivo 08), documentos en inglés allegados al proceso sin traducción oficial (fls. 61, 106 a 124 archivo 01 del expediente digital), liquidación contrato de trabajo (fls. 65 archivo 01, 229 archivo 06, 305 archivo 07, 423 archivo 08), comunicaciones dirigidas al demandante (fls. 64, 66

archivo 01, 220 y 230 archivo 06, 296 y 306 archivo 07, 414, 424 archivo 08), historia clínica Andrés Felipe Muñoz González (fls. 81 a 105 archivo 01), registros civiles de nacimiento de Andrés Felipe y Juan Pablo Muñoz González (fls. 125 a 126 archivo 01), historia laboral emitida por Colpensiones de fecha 18 de mayo de 2020 (fls. 128 a 137 archivo 01), certificado de ingresos y retenciones del demandante (fl. 138 archivo 01), declaración extra juicio rendida por el demandante (fl. 139), carta renuncia sin firma (fl. 127 archivo 01), carta de renuncia con firma (fls. 219 archivo 06, 295 archivo 07, 413 archivo 08), acuerdo de conformación del Consorcio Ruta 40 (fls. 226 a 228 archivo 06, 302 a 304 archivo 07, 420 a 422 archivo 08), comprobante de transacción bancaria (fls. 233 archivo 06, 309 archivo 07), interrogatorio de parte rendido por el demandante y declaración rendida por el señor Juan Diego Saldarriaga (Archivo 12); probanzas que no fueron tachadas de falsas por las partes y de las cuales se colige, que MAURICIO MUÑOZ PEDRAZA laboró al servicio de la demandada CONSORCIO RUTA 40 del 8 de noviembre de 2016 al 31 de diciembre de 2018, bajo la modalidad contractual laboral de término indefinido, en virtud de la cual desempeñó el cargo de Gerente, teniendo como último salario integral la suma de $37.473.000, terminada por las partes mediante mutuo acuerdo (fls. 32 y 58 archivo 01); supuestos de facto respecto de los cuales no existe discusión en esta segunda instancia.

TERMINACIÓN CONTRATO DE TRABAJO DE MUTUO ACUERDO-TRANSACCIÓN

Liminarmente, necesario es indicar que la institución de la transacción, como figura tomada por las partes para dar por terminado el vínculo laboral que las ató, se encuentra consagrada en el artículo 2469 del Código Civil, que a la letra estatuye *«la transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa»*

Al ser la transacción un contrato, goza de determinadas características, coherentes con su naturaleza contractual, como su consensualidad que conduce a perfeccionarse con el solo consentimiento de las partes de llegar a un acuerdo y ceder en sus pretensiones; por tanto, necesita reunir los requisitos establecidos en las normas civiles para que esté revestido de validez; además, es bilateral, ya que las obligaciones son para ambas partes, esto es, cumplir lo establecido en el contrato de transacción; es *intuito personae* al estar en consideración de quien lo celebra, siendo esto tan importante, que si se cree transigir con una persona y se transige con otra, por esta causal se puede rescindir el contrato, según lo establecido en el inciso segundo del artículo 2479 del código civil.

En cuanto a su validez en materia laboral, ésta depende de si dicho acuerdo ha versado sobre derechos inciertos y por lo tanto discutibles, pues se precisa recordar que en materia laboral rige el principio tuitivo en favor del trabajador, bajo la premisa de que la ley laboral tiene, según el artículo 1° del Estatuto Adjetivo Laboral, como *«finalidad primordial la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social»* y, que para la interpretación de las normas labores ha de tomarse como norte la finalidad expresada en dicho artículo.

Es por ello que, en asuntos del trabajo, el artículo 13 del CST contiene una proposición jurídica inexpugnable en cuanto aclara que la ley sustantiva solo consagra un mínimo de prestaciones; por lo que todo pacto realizado con vulneración de ese mínimo es nulo y carece de efectos.

Tal como lo enseño la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencia con Rad. 46702 del 6 de agosto de 2014, al indicar:

> *«la autonomía de la voluntad de las partes de un contrato de trabajo y su poder de disposición no son absolutos, sino que están expresamente limitados por el legislador, en los términos de los artículos 13, 14 y 15 del*

CST, en desarrollo de los principios fundamentales establecidos en el artículo 53 constitucional denominados «irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales» y «facultad para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles».

De tal manera que los contratantes de la relación laboral subordinada deben respetar las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico laboral, las cuales constituyen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor del trabajador, y tener en cuenta que, por su carácter de orden público, los derechos y prerrogativas en ellas contenidas son irrenunciables, por tanto i) no produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca ese mínimo, y ii) se considera válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando verse sobre derechos ciertos e indiscutibles»

Ahora, viable también es memorar que al tenor del artículo 2483 del Código Civil, el contrato de transacción tiene efectos de cosa juzgada, sin perjuicio, de que pueda demandarse la nulidad según reza el artículo 2483 del C.C., en general por dolo o violencia según el artículo 2476 del C.C o con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1508 del mismo estatuto que contempla los vicios del consentimiento.

De manera que, atendiendo los anteriores lineamientos normativos y jurisprudenciales, procede esta Sala de Decisión a definir si con el contrato suscrito entre las partes en conflicto, se afectan derechos ya definidos, y por tanto ciertos, respecto de los cuales no existe controversia, pues esta es la discusión que entiende planteada la Colegiatura en el *libelo demandatorio*, al indicar el convocante que la terminación por mutuo acuerdo tuvo lugar, ostentado la calidad de pre pensionado.

En ese orden, cumple rememorar que los derechos en referencia han sido definidos por la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en proveído con radicación 32051 de 17 de febrero de 2009, al adoctrinar:

«Al respecto, se comienza por recordar que esta Sala de la Corte ha explicado que "… el carácter de cierto e indiscutible de un derecho laboral, que impide que sea materia de una transacción o de una conciliación, surge del cumplimiento de los supuestos de hecho o de las condiciones

establecidas en la norma jurídica que lo consagra. Por lo tanto, un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad. Lo que hace, entonces, que un derecho sea indiscutible es la certeza sobre la realización de las condiciones para su causación y no el hecho de que entre empleador y trabajador existan discusiones, diferencias o posiciones enfrentadas en torno a su nacimiento, pues, de no ser así, bastaría que el empleador, o a quien se le atribuya esa calidad, niegue o debata la existencia de un derecho para que éste se entienda discutible, lo que desde luego no se correspondería con el objetivo de la restricción, impuesta tanto por el constituyente de 1991 como por el legislador, a la facultad del trabajador de disponer de los derechos causados en su favor; limitación que tiene fundamento en la irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrados en las leyes sociales (Sentencia del 14 de diciembre de 2007, radicación 29332)»

Pues bien, en lo que comporta al fuero de pre-pensionado contrario a aquellos derivados de la Ley 361 de 1997 y la lectura que sobre el particular ha gestado la H. Corte Constitucional, no halla su sustento en el ámbito normativo o reglamentario, sino que su desarrollo ha sido generado y amplificado por la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Constitucional al desplegar un paragón con aquella institución del retén social que cobija a los servidores públicos.

Es en razón a lo antepuesto, que los postulados que enmarcan la estabilidad laboral u ocupacional reforzada no resultan ajenos a aquellos afiliados próximos a merecer la prestación por el riesgo de vejez, por ser la materialización de una interpretación humanizada del derecho al trabajo y los derechos fundamentales que con este se conjugan, como el mínimo vital y seguridad social que, en suma conducen a la guarda del trabajador afectado y con ello la prohibición asignada a los empleadores de fenecer el vínculo laboral.

De suerte que, tal garantía constitucional ha sido avalada para aquellos prestadores del servicio que se encuentren ubicados dentro de la ejecución de un contrato de trabajo y, les faltare **tres o menos** años para

reunir los estipendios normativos para la causación de la pensión de jubilación o vejez, a saber, la edad y el tiempo de servicio o semanas de cotización, adjudicándole de esa manera el título de pre-pensionado.

Lineamientos que, como se anunció de manera antepuesta, encontraron su origen en las prerrogativas concedidas a los servidores públicos que resultaban desplazados con una restructuración, como se vislumbró en las sentencias T -089 de 2009 y C-975 de 2009, pero que a tono con el derecho a la igualdad se ha ampliado al sector privado enseñando en sentencia T-326 de 2014, que *«dicha protección, es de origen supralegal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores; se trata en consecuencia de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derecho (sic) fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado" (…)»*

Es bajo tal marco de acción, que quien persiga de la Jurisdicción abrogarse los beneficios afirmando el título de pre-pensionado, deberá demostrar como presupuestos ineludibles el ser huérfano del requisito de edad y semanas para el estadio temporal de cese de labores, de manera coetánea, y que ello se presente cuando le faltare menos de 3 años para su acceso, circunstancia que ha sido el estandarte para su procedibilidad.

Denótese como, en la sentencia T -357 del 6 de julio de 2016 la H. Corte Constitucional concluyó que:

> *«…la Sala entiende que la condición de prepensionado de un trabajador y la protección que de esta se deriva no se circunscribe a las relaciones laborales afectadas por los planes de renovación de la administración pública sino que cobija a todos los trabajadores próximos a pensionarse definidos como aquellos a quienes les falten tres (3) o menos años* ***para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de***

cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez»

Reiterado en la sentencia SU-003 de 2018 que, en su labor de unificación, la H. Corte Constitucional concretó símiles presupuestos y resaltando que *«dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, considera la Corte que no se frustra el acceso a la pensión de vejez».*

Conforme al panorama jurisprudencial reseñado, cumple advertir en el caso objeto de análisis, que el convocante al momento de la extinción del vínculo contractual no gozaba de la garantía de estabilidad al no ostentar la calidad de pre-pensionado, puesto que si bien al 31 de diciembre de 2018, contaba con 59 años, por haberlos cumplido el 17 de octubre de símil año conforme emana de la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 26 archivo 1 del expediente digital), faltándole menos de 3 años para adquirir la edad mínima de pensión, lo cierto es que conforme a la historia laboral expedida por Colpensiones el 30 de noviembre de 2018 (fls. 40 a 41 archivo 01 del expediente digital), este contaba con 1.100,29 semanas de cotización al Sistema General de Pensiones, siendo claro que aún le faltaban 3 años, 10 meses y 17 días para consolidar el número mínimo de semanas previsto en la ley para acceder al derecho a la pensión de vejez, que corresponden a 1.300 semanas en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003; dicho de otra manera, el término que le restaba al demandante para completar la densidad de semanas requerida, superaba el lapso máximo de 3 años definido por la jurisprudencia para ser beneficiario de la estabilidad laboral por fuero de pre-prensionado.

Siendo importante además aclarar, que si bien en la prueba documental se advierte que el 29 de noviembre de 2018, el actor efectuó una

reclamación ante Colpensiones tendiente a obtener el reconocimiento de unos períodos laborados a través de la figura del cálculo actuarial, por omisión del empleador en la afiliación del trabajador, según se constata a folios 35 a 36 de las diligencias, esa sola circunstancia, no implicaba incluir el conteo de esos períodos comprendidos entre el 1º de enero de 1981 y el 31 de diciembre de 1982, en su historia laboral y así otorgarles efectos pensionales a la data del finiquito, puesto que en ese momento la situación pensional del actor se encontraba en etapa de reclamación, la cual no necesariamente conllevaba a considerar que su petición saldría avante.

Así las cosas, no puede la Sala concluir que a la terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, el convocante tenía la condición de pre pensionado, puesto que al 31 de diciembre de 2018, que fue la data en que este tuvo lugar, no se demuestra que ello fuera un derecho claramente consolidado en cabeza suya, menos aun cuando los tiempos laborales que pretendió ante Colpensiones fueran incluidos en su historia laboral mediante la figura del cálculo actuarial, tan solo se vieron reflejados en el reporte de semanas que fuera expedido por Colpensiones el 18 de mayo de 2020, siendo claro que solo hasta esta última data, que es posterior a la terminación del vínculo laboral, existía certeza que el convocante en su haber contaba con 1.252,71 semanas de cotización.

Bajo las anteriores consideraciones, al margen de la definición de derecho cierto e indiscutible en relación con el fuero de estabilidad por la calidad de pre-pensionado, es claro que tal circunstancia ninguna incidencia tenía para la celebración por parte del convocante de la terminación del vínculo laboral por mutuo consentimiento, porque como se anotó, el señor MUÑOZ PEDRAZA para ese momento no demostraba las condiciones definidas en la jurisprudencia para ser merecedor de tal prerrogativa, siendo claro que con base en ello, no puede advertirse una violación de derechos ciertos.

Ahora bien, como quiera que el Juzgado de Conocimiento también analizó si en el presente caso el consentimiento del actor estuvo afectado por algún vicio del consentimiento, al celebrar el acuerdo de terminación del nexo contractual, procede la Sala a revisar la determinación tomada sobre el particular en sentido desfavorable, en desarrollo del grado jurisdiccional de consulta que fue concedido a su favor.

En desarrollo de esa tarea, lo primero que debe advertirse es que revisados los hechos de la demanda, advierte el Colegiado, que en versión del actor, este se sintió presionado por las directivas de la parte empleadora y por cuestiones personales, como deudas ante instituciones universitarias y enfermedad de uno de sus hijos, y es por ello procedió a la suscripción del documento denominado *"ACTA DE TERMINACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO POR MUTUO ACUEDRO"* (fl. 8 archivo 01 del expediente digital).

Observado el contenido del documento en referencia, se constata que el 18 de diciembre de 2018, las partes comparecientes procedieron a dar por terminado el contrato por mutuo acuerdo en los siguientes términos (fl. 58 archivo 01 del expediente digital):

> «***Primero: MAURICIO MUÑOZ PEDRAZA*** *se vinculó a trabajar en el Consorcio Ruta 40 mediante un contrato de trabajo celebrado el 08 de noviembre de 2016. Declaran las partes que durante la vigencia de la relación laboral el empleador ha pagado todos los salarios, prestaciones y derechos sociales a su entera satisfacción, la sociedad empleadora efectuó los aportes al Sistema General de Seguridad Social, en forma total y oportuna.*
>
> ***Segundo: MAURICIO MUÑOZ PEDRAZA*** *presentó su renuncia voluntaria al Consorcio Ruta 40 a partir del 31 de diciembre de 2018. Para materializar la aceptación de la renuncia que presentó el Empleado, las partes acordaron finalizar el contrato de trabajo a partir del 31 de diciembre de 2018, y reconocer derechos laborales inciertos y discutibles del Empleado.*
>
> *Este mutuo acuerdo es fruto del amplio y claro análisis hecho entre las partes sobre las razones que las inducen a tomar tal decisión, a la cual han llegado en pleno ejercicio y desarrollo de todas sus facultades dispositivas contractuales.*

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

> ***Tercero:*** *El Empleado recibirá la correspondiente liquidación final de salarios y prestaciones sociales a la que tiene derecho, cuya discriminación se encuentra en la liquidación efectuada por el empleador al trabajador, que se anexa a este acuerdo y es suscrita por el trabajador en señal de aceptación y conformidad.*
>
> *Adicionalmente y con el fin de precaver y evitar un eventual conflicto o litigio sobre derechos inciertos y discutibles convienen el pago de una compensación económica única, la cual no constituye salario para ningún efecto por acuerdo expreso de las partes, por la suma de* ***TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS DIECIOCHO MIL QUINIENTOS PESOS·($3·82.318.500)*** *los cuales serán pagados con la liquidación final de salarios y prestaciones sociales.*
>
> ***Cuarto:*** *Esta terminación por mutuo acuerdo y la transacción aquí pactada tiene efectos de cosa juzgada en los términos del artículo 2483 del Código Civil, en concordancia con el artículo 15 del Código Sustantivo de trabajo, pues se celebra dentro de todos los presupuestos legales y procesales del mismo, ya que en este acto no se está renunciando a derechos ciertos o actualmente exigibles, y lo transado pertenece a la órbita de la capacidad de las partes, al consentimiento libre, a un objeto valido y a una causa lícita.*
>
> ***Quinto:*** *Con el presente acuerdo se consideran definidas y transadas todas las pretensiones del Empleado y las obligaciones del Consorcio, derivadas del Contrato de Trabajo relacionadas con prestaciones sociales, indemnizaciones, así como eventuales secuelas de accidente de trabajo y enfermedad profesional por culpa patronal».*

Conforme al texto en cita, las partes declararon que la transacción fue celebrada atendiendo su libre consentimiento y después de un amplio análisis de las razones que las llevaron al acuerdo, lo cual se advierte ratificado por el demandante, cuando al cuestionársele en su interrogatorio de parte sobre las circunstancias del acto, manifestó lo siguiente (archivo 12 del expediente digital):

> *«PREGUNTANDO: Diga cómo es cierto sí o no, que usted tuvo la oportunidad de revisar tanto ese acuerdo de terminación de contrato por mutuo acuerdo, como la liquidación de salarios de manera previa a la suscripción.*
>
> *CONTESTÓ: Si.*
>
> *PREGUNTADO: Diga cómo es cierto sí o no, que usted intervino vía email y telefónicamente en diferentes oportunidades con representantes del Consorcio, con el fin de llegar a un acuerdo de la suscripción de ese contrato de mutuo acuerdo para la terminación del contrato.*

CONTESTÓ: Sí y hago las aclaraciones, primero se llegó a esta firma de este documento después de un proceso de más de dos meses y medio, porque en el momento inicial el Consorcio solicitó que me retirara del proyecto, prácticamente diciéndome que terminaba unilateralmente mi contrato de trabajo y que informé que yo tenía una condición de pre pensionado, que quería discutir con ellos esa situación, porque el tiempo que yo llevaba trabajando con ellos, más de muchísimos años en el mercado, todavía faltaba cumplir algunos años y algunas semanas para lograr mi pensión y lograr mis comisiones para pensión. A pesar de que en la reunión del 23 de octubre del Comité Directivo me indicaron que mi trabajo iría solamente hasta el 31 de diciembre, en varias situaciones y en varios correos que me confirmaran eso por escrito porque fue única y exclusivamente en forma verbal, entonces ante la existencia de no contestar mis solicitudes, empecé a enviar yo comunicaciones solicitando y dejando trazabilidad sobre lo que se venía discutiendo porque claramente eso no hubo ninguna respuesta por escrito, hasta que tuve que enviar varios correos y varias comunicaciones de las cuales reposan en el expediente».

De lo dicho por el actor, se advierte que este participó activamente en la celebración del acuerdo de terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, por un período de por lo menos dos meses, lo cual además, se constata en los correos adosados a folios (fls. 51 a 60 y 67 a 69 archivo 01 del expediente digital), en cuyo contenido puede vislumbrarse que incluso el demandante pudo efectuar observaciones al proyecto de acuerdo que le fue presentado, por manera que no advierte la Sala que la decisión de suscribir la transacción tantas veces mencionada, haya estado precedida por algún vicio en el consentimiento, pues por el contrario, lo que emana de las pruebas referidas, es que este lo hizo en ejercicio de sus plenas facultades, de manera libre y voluntaria, al considerar que era la opción que mejor le favorecía, entre dos ofertas que le fueron puestas a consideración, como así lo expresó en correo del 14 de diciembre de 2018, cuando indicó que:

"Estimados todos,

El día miércoles de esta semana, ante el mensaje que envié el lunes 11 con mis comentarios al Acta de Terminación por Mutuo Acuerdo que recibí para mi revisión el 5 de Diciembre, recibí una llamada de Juan Guillermo Saldarriaga en la cual se me indica que seguramente hay un malentendido, y se me solicita que tome una decisión ante las dos opciones que tengo :

1-El Consorcio termina mi contrato de trabajo y yo recibo la indemnización de ley.
2-Se termina de mutuo acuerdo mi contrato de trabajo y accedo a la bono ofrecido, implicando esta opción mi renuncia.

Ante esta clarificación por parte del Consorcio, debo aceptar la opción 2, solicitando que se considere una modificación menor al texto del mismo, tal como se adjunta. En este texto se mantiene el espíritu del texto original enviado por el Consorcio." Folio 56 archivo 01 del expediente digital».

Manifestación que además se encuentra respaldada por el dicho del testigo Juan Guillermo Saldarriaga, quien de manera clara indicó que dadas las difíciles condiciones económicas del Consorcio, surgidas por una suspensión en sus actividades, al actor se le ofreció una terminación por despido sin justa causa o una terminación de mutuo acuerdo con el pago de una bonificación, siendo esta ultima la aceptada por el convocante, adicionando que ello lo efectuó de manera libre y voluntaria (Archivo 12 del expediente digital).

Ahora bien, aunque el demandante también refirió en su interrogatorio de parte que fue presionado por la parte pasiva para suscribir una carta de renuncia, que en efecto firmó con posterioridad, lo cierto es que tal circunstancia no tiene ninguna relevancia frente a la celebración del mutuo acuerdo, porque aunque allí se mencionó la mentada misiva, también se dice de manera expresa, clara y reiterativa que las partes han decidido dar por terminado el contrato de trabajo por mutuo acuerdo, siendo esta la manera que tiene plenos efectos en este caso, no sólo porque así se encuentra aceptado por los comparecientes en el litigio, sino también porque la demandada dio pleno cumplimiento de los compromisos que adquirió para el efecto, como lo fue el pago de la bonificación que procedió a reconocer al trabajador, misma que se encuentra reflejada en el comprobante de transacción bancaria militante a folio 233 archivo 06 del expediente digital.

Suma adicional que no constituye en forma alguna un acto de coacción de acuerdo con el criterio de la jurisprudencia de la Sala laboral de nuestra H. Corte Suprema de Justicia que la Sala Laboral en sentencia del 3 de diciembre de 1997 bajo radicado No. 10169 con Ponencia del H. Magistrado Dr. José Roberto Herrera.

Razón por la cual, el acuerdo a que llegaron las partes goza de plena validez, la cual no se afecta tampoco por circunstancias personales del actor, por no prevenir del dador del laborío.

En esa medida el mutuo acuerdo constituye cosa juzgada y queda arropado por el principio de intangibilidad que presupone dicha institución, en tanto que, como con acierto lo concluyó el juzgado de conocimiento, no se encuentran demostradas circunstancias configurativas de un vicio del consentimiento; tampoco se advierte el ejercicio de una presión indebida de la parte empleadora hacia el demandante; ni se constata en el texto literal del acuerdo que este haya renunciado a derechos ciertos e indiscutibles y menos aún, se observa alguna incidencia de la estabilidad laboral alegada por el actor, al no encontrarse probada su condición de pre-pensionado a la fecha del finiquito, como ya se anotó.

Dimanando en la confirmación de la sentencia opugnada.

COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia si costas en virtud del 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: CONFIRMAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 14 de junio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MAURICIO MUÑOZ PEDRAZA** contra **CONSORCIO RUTA 40** y **OTROS,** de conformidad 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 si costas en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio de la Ley 2213 de 2022.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



EDGAR RENDON LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JOSÉ AGUSTÍN CERINZA RISCANEVO** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto del año dos mil veintidós (2022), 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 en la Ley 2213 de 2022[1]*;* 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,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **JOSÉ AGUSTÍN CERINZA RISCANEVO** por intermedio de apoderado judicial, persigue se declare que tiene derecho

---

[1] «***ARTÍCULO 13. 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».*

al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez desde la fecha de estructuración; en consecuencia, se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago del retroactivo pensional, los intereses moratorios, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. De manera subsidiaria, solicita el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez (folio 125 archivo 01 del expediente digital).

Fundamenta su *petitum* en los supuestos de facto relatados a folios 121 a 124 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten que, nació el 1° de agosto de 1.942, por manera que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, contaba con 51 años. Que ha realizado aportes al Sistema General de Seguridad Social desde el año 1995, en calidad de trabajador independiente. Indica que debido a padecimientos asociados a problemas cardio vasculares, el 5 de junio de 2012, le fue implantado dispositivo de marcapasos bicameral, acotando que desde dicha data ya no pudo desempeñar su labor como soldador eléctrico, como tampoco ninguna otra actividad, dada la incompatibilidad ocurrida por su edad.

Refiere que los profesionales de su EPS no lo remitieron a medicina laboral en aras de valorar la pérdida de su capacidad laboral, ni tampoco le fueron pagadas las incapacidades que le fueron ordenadas. Dice que cotizó un total de 1.007 semanas al mes de diciembre de 2012, además, que mediante Resolución VPB 6361 del 2 de mayo de 2014 le fue reconocida pensión de vejez conforme a los postulados del Decreto 758 de 1990, no obstante, tal determinación fue revocada en Resolución VPB 17618 del 18 de abril de 2019, por manera que elevó solicitud de revocatoria directa, la cual solo fue desatada por orden de juez constitucional, mediante Resolución GNR 266277 del 9 de septiembre de 2016, negando el reconocimiento de la pensión de vejez. Añade que después de radicar diversas peticiones, el 19 de septiembre de 2017 Asalud le determinó una PCL del 39,22%, por enfermedad de origen de

común, con fecha de estructuración 1º de marzo de 2017, frente al cual presentó inconformidad, misma que no fue aceptada bajo el argumento que fue allegada de manera extemporánea, lo que fue reiterado en con posterioridad mediante comunicado emitido en atención a orden judicial proferida en el marco de una acción de tutela.

CONTESTACIÓN: La pasiva **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES,** contestó el *libelo introductor* oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en la demanda, por considerar que el actor no tiene causados los requisitos establecidos en los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, para obtener la prestación pretendida. Refiere sobre la indemnización sustitutiva que la misma no fue reclamada por el actor ante la entidad, agotando la vía administrativa. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica, folios 137 a 144 y 152 a 158 del expediente digital.

DECISIÓN:

El Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 8 de junio de 2022, decidió **declarar** que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir del 2 de abril de 2002; **condenar** a Colpensiones pagar a favor del demandante la suma de $164.651.226 por concepto de retroactivo pensional causado del 2 de abril de 2002 al 31 de mayo de 2022; **condenar** a Colpensiones a pagar al demandante la indexación de las mesadas debidas desde la fecha de su causación hasta la fecha de

pago efectiva; **autorizar** a Colpensiones efectuar los descuentos en salud sobre el retroactivo pensional; **absolver** a la demandada de las demás pretensiones invocadas en su contra; **declarar** probada la excepción de no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y no probadas las demás; **condenar** en costas a Colpensiones (Archivo de audio 17 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el *A quo* que conforme al dictamen de calificación de invalidez expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca del 25 de junio del 2021, el actor presente una PCL del 50%, con fecha de estructuración 2 de abril de 2002, por enfermedad de origen común, mismo que fue debidamente controvertido, al ponerse en conocimiento de las partes y haberse explicado por la médico ponente en audiencia virtual. Acotó que si bien existe otro dictamen proferido por Colpensiones en el cual se asigna al actor una PCL inferior al 50%, desde el año 2017, lo cierto es que ha de acogerse el dictamen proferido en el transcurso del proceso por la Junta Regional, dado que encuentran respaldo las justificaciones dadas por la perito ponente, pues obra reporte ecocardiográfico del 2 de abril de 2002, emitido por el Seguro Social en el cual se indicó que el actor presenta hipertrófica concéntrica y compromiso moderado de la función del ventrículo izquierdo, acotando como lo señala la médico en referencia, que presenta una pérdida de la función del 35%, aunado a que, dicha prueba documental no se observa fuera tenida en cuenta por Colpensiones al momento de expedir su propia experticia.

Añadió que obra evidencia que para la data determinada por la Junta Regional como fecha de estructuración, el actor ya presentaba una afectación de tal envergadura, que comprometía su ventrículo izquierdo, que le implicó una PCL del 50% y que no pudo ser solucionada con el marcapasos que le fue implantado en el año 2012, por manera que existe soporte científico y médico, para otorgar credibilidad al dictamen proferido por tal órgano, que no se desvirtúa, por el solo hecho que el demandante haya cotizado como independiente incluso con posterioridad al 2012, como quiera que existen enfermedades que

permiten a las personas seguir laborando para proveerse su mínimo vital. Dice que el actor, dentro del año anterior a la fecha de estructuración de la invalidez, cotizó más de 26 semanas, esto es, 89,88, y como quiera que acredita un 50% de PCL, tiene derecho a la pensión de invalidez desde el 2 de abril de 2002, en cuantía de un SMLMV, por 14 mesadas al año, no siendo aplicable al caso la excepción de prescripción, toda vez que conforme al criterio de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1560-2019, SL2652-2021 y SL4916-2021, el término de prescripción comienza a correr desde la fecha en que fue proferido el dictamen final de la PCL. Negó los intereses moratorios, por cuanto el dictamen de calificación data del 25 de noviembre de 2021, esto es, después de radicada la demanda, siendo claro que no le era exigible el derecho a Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN: La demandada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES,** interpuso recurso de alzada, manifestando en síntesis como motivos de disidencia que, debe ser objeto de nueva revisión toda la prueba documental allegada, como quiera que tal como quedó establecido en los hechos de la demanda, el accionante comenzó a presentar un enfermedad cardíaca desde el 5 de junio de 2012, y por tal motivo se le ordenó el implante de un marcapasos, por tanto, es a partir de esta última fecha que presenta imposibilidad para laborar, pese a que en el dictamen de calificación de la Junta Regional se indicó que ese impedimento lo presentó desde el año 2008. Indica que conforme al Decreto 1507 de 2014, artículo 3°, la pérdida del 50%, tiene lugar desde que se pierden esas habilidades, destrezas y aptitudes que le impiden a la persona desempeñarse laboralmente, lo cual no se puede evidenciar en el actor antes del año 2012, pues continuó trabajando hasta tal data e incluso, nunca elevó una solicitud de reconocimiento pensional por invalidez. Indica que en el año 2003, el actor presentó un síncope asociado a una hipertensión, pero solo hasta el 2012, cuando fue nuevamente hospitalizado se le determinó una cardiopatía y un tipo de arritmia. Señala que conforme a lo manifestado

por la médico ponente del dictamen de PCL en la etapa de contradicción, nunca se le allegó la epicrisis de lo sucedido con el actor en el espacio de 10 años, y es justamente en ese lapso, que va del 2012 al 2022 que debió probarse lo ocurrido con su enfermedad, para así brindar plena convicción de por ejemplo, la existencia de incapacidades médicas mayores a 180 días, otras enfermedades asociadas u otros síntomas, que de una u otro manera, le impidieran continuar su vida laboral ante la afectación de sus destrezas, habilidades y aptitudes, pese a ello, ninguna actividad probatoria se desplegó al respecto, y en realidad lo que demuestra el acervo probatorio es que solo con posterioridad a la implantación del marcapasos se halla en esa situación, por manera que el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez no tiene la virtud de acreditar la fecha de estructuración de la invalidez. Concluye solicitando la absolución de las costas y agencias en derecho, toda vez que no se consideró, como se puso de presente en la contestación de la demanda, que el actor omitió agotar la reclamación administrativa pretendiendo la pensión de invalidez, pues realmente se enfocó en reclamar reiteradamente la pensión de vejez.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA: Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los extremos procesales allegaron sus alegaciones finales.

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 no cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4º de la

Ley 712 de 2001, pues no se advierte petición elevada ante Colpensiones tendiente a obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez, por manera que el mismo se entiende agotado con la presentación de la demanda.

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, las inconformidades planteadas por la parte demandada y el grado jurisdiccional de consulta concedido a su favor, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* si el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez tiene la virtud de acreditar la fecha de estructuración de la invalidez del actor desde el 2 de abril de 2002, en contraposición con el dictamen emitido por Colpensiones, y en consecuencia, si hay lugar a reconocer la pensión de invalidez deprecada en el *libelo genitor*.

DE LA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL – FECHA DE ESTRUCTURACIÓN

En el archivo 10 del expediente digital obra dictamen emitido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA del 25 de noviembre de 2021, que fuera decretado y practicado, conforme a decisión emitida por este Tribunal el 26 de febrero de 2021, en el cual se establece que el actor padece *«Hipertensión esencial (primaria)»*, y cuenta con *«Presencia de marcapaso cardiaco»*, enfermedades que son de origen común y que le generan un porcentaje del 50,00% de pérdida de capacidad laboral, con fecha de estructuración 2 de abril de 2002, el cual es disímil a lo definido por Colpensiones en dictamen del 19 de septiembre de 2017, allegado por el propio demandante, en el que le

fue calificada la enfermedad de Hipertensión esencial primaria, como enfermedad de origen común, con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 39,22%, con fecha de estructuración 1° de marzo de 2017, mismo que si bien fue controvertido por el actor, su inconformidad no fue tramitada por haber sido allegada de manera extemporánea (fls. 77 a 91 archivo 01 del expediente digital).

En cuanto a las controversias suscitadas sobre los dictámenes de las Juntas de Calificación de Invalidez, el artículo 40 del decreto 2463 de 2001, establece:

> *«**ARTICULO 40.-Controversias sobre los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez**. Las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez, serán dirimidas por la justicia laboral ordinaria de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Laboral, mediante demanda promovida contra el dictamen de la junta correspondiente. Para efectos del proceso judicial, el secretario representará a la junta como entidad privada del régimen de seguridad social integral.*
>
> *Los procedimientos, recursos y trámites de las juntas de calificación de invalidez se realizarán conforme al presente decreto y sus actuaciones no constituyen actos administrativos»*

Por manera que, procede esta Sala a establecer si existió acierto o no en la determinación inmersa en el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, precisando inicialmente que la parte, goza de libertad probatoria para demostrar el derecho perseguido y, conducir al convencimiento del Juez en que el concepto emitido no se ajusta a la realidad, tanto técnico, médico y legal, con la innegable autonomía para modificar o confirmar su contenido.

Empero, tal atribución no dimana en absoluta, pues su decisión debe estar apoyada en conceptos técnicos de expertos en el tema, como también lo ha asentado la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia SL 16374 de 2015 con ponencia del H. Magistrado Luis Gabriel Miranda Buelvas, al disponer:

> *«Reitera la Corte, entonces, su criterio ya decantado de que los jueces del trabajo y de la seguridad social sí tienen plena competencia y aptitud para examinar los hechos realmente demostrados que contextualizan la invalidez establecida por las juntas, a fin de resolver las controversias que los interesados formulen al respecto. Ello, por supuesto, no llega hasta reconocerle potestad al juez de dictaminar en forma definitiva, sin el apoyo de los conocedores de la materia, si el trabajador está realmente incapacitado o no y cuál es la etiología de su mal, como tampoco cuál es el grado de la invalidez, ni la distribución porcentual de las discapacidades y minusvalías»* (resalta fuera de texto)

Descendiendo al caso concreto, sea lo primero indicar que en punto a la contradicción del dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, se constata que mediante providencia del 16 de mayo de 2022 (archivo 12 del expediente digital), el Juzgado de primer grado cumplió con aquella previsión del artículo 228 del compendio procesal civil, que reclama ponerlo en conocimiento al extremo contrincante.

En igual sentido, se citó a la perito para la contradicción del dictamen bajo los reclamos de la norma *ejusdem* en la audiencia del 8 de junio de 2022, momento en el cual indicó, relativo a la calenda de estructuración, que *«(…) la fecha de estructuración se consideró teniendo en cuenta que el paciente efectivamente en el año 2002, presentó un síncope secundario a su arritmia cardiaca y se documentó en dicha época ya una afección de la función cardiaca, de hecho hay un ecocardiograma en el año 2002, específicamente, el 2 de abril del 2002, en el cual se registró que tenía una fracción de eyección del 35%, si bien a él después en años posteriores le hicieron tratamiento, le hicieron el implante del marcapaso y todo, la función cardiaca no logró recuperarse, o sea él continuó con un daño en su corazón, que no pudo ser mejorado a valores normales, la arritmia se logró con el implante del marcapaso controlar moderadamente, porque continuaba presentando episodios de desincronización del equipo, dolores torácicos y por los cual debió estar hospitalizado en otras ocasiones, entonces a nuestra consideración el paciente desde esta fecha tenía una pérdida de capacidad laboral, superior al 50% dada por la alteración de la función del corazón, documentada con ese ecocardiograma».*

Mas adelante, amplió su explicación, indicando que *«realmente en la documentación que se aporta no hay ninguna evidencia de que él haya mejorado en su función cardiaca en los años siguientes, si bien él pudo haberse desempeñado laboralmente, la función de su corazón estaba por debajo del límite normal y teniendo en cuenta las tablas del Decreto que son las que nos dan los parámetros para poder establecer el porcentaje, si lo ponemos para esa época con una fracción de eyección del 35%, él ya tenía una pérdida de capacidad laboral bastante importante, que le daba el 50% (…) eso lo clasificaría, cuando se mira la tabla de cardiopatías, en una clase 3 de pérdida de capacidad laboral, porque dice que la función del ventrículo izquierdo para una clase 3 se considera cuando la fracción de eyección es entre el 30 y el 40% (…), en el Decreto 1507, uno de los factores principales para poder asignar la pérdida de capacidad laboral es la función del corazón y esa se mide básicamente con la fracción de eyección que es el porcentaje que da el ecocardiograma, según los rangos o las clases funcionales para determinar la pérdida está dada por algunos rangos de esa fracción de eyección, es así como por ejemplo para una clase 3 en la cual el porcentaje de pérdida de capacidad laboral puede ir entre el 50 y el 74%, se determina o se dice que la extracción está entre el 30 y 40%, a eso ya se le agregan otros factores pues qué tan severamente o que tan grave es esa deficiencia, según otros factores que modulan esa calificación; el caso es que una clase 1 en una enfermedad del corazón dice que pues la función del ventrículo esta incapacitante mínimamente y puede tener algo de agrandamiento, pero no hay enfermedad, o alguna evidencia mínima de enfermedad, una clase 2 dice que la fracción de eyección puede estar entre el 41 y 50%, la clase 3 está entre el 30% y 40% y la clase 4 es cuando es menor al 30%, entonces eso valores que nos da el ecocardiograma es lo que a nosotros nos sirve para poder asignar ese puntaje de acuerdo a esa clase funcional que se llama».*

De lo expuesto por la médica ponente del dictamen pericial controvertido, la Dra. Sandra Fabiola Franco Barrero, claramente se pueden advertir las razones que sustentan la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje del 50%, y que se sitúa en el 2 de abril de 2002, pues conforme a su dicho, tal determinación partió del ecocardiograma que le fue tomado al demandante en dicha data, el cual

además, obra a folio 15 archivo 08 del expediente digital, en cuyo contenido en efecto se advierte una afección que impactaba la salud del convocante, contrario a lo referido por Colpensiones, pues allí se enuncia que el ventrículo izquierdo presenta una hipertrofia concéntrica de las paredes con compromiso moderado de la función sistólica, asignándole un porcentaje del 35% a la función de eyección, la cual conforme al Manual de Calificación de Invalidez, Decreto 1507 de 2007, específicamente en el procedimiento para calificar cardiopatías, se ubica en clase 3 funcional, con un grado de severidad de 50 a 74 y una valoración de deficiencia del 50% al 74%, tal cual como lo explicó la perito.

De suerte que, contrario a lo aducido por Colpensiones, existe un claro soporte en la historia clínica del actor, de la presencia de una enfermedad que se remonta a la fecha de estructuración, que conforme al Manual de Calificación de Invalidez, merece el porcentaje de deficiencia anotado por la médica ponente, y que le brinda convencimiento a la Sala de Decisión.

Posición que no se derruye ante la falta de información clínica que se tiene del demandante entre el año 2003 y el año 2012, pues aunque no se avizora ningún control médico, procedimiento u orden de incapacidad desde el 4 de abril de 2003, y hasta el 3 de junio de 2012, data esta última en la que le fue implantado un marcapasos transitorio, según emana de la historia clínica militante en el archivo 08 del expediente digital, lo cierto es que esa sola circunstancia no desdice del estado de salud del actor que se identificó desde el mes de abril de 2002, pues ninguna prueba esclarece que tal condición haya mejorado en ese interregno, como bien lo resaltó la Dra. Sandra Fabiola Franco Barrero, al referir en su declaración que *«(…) pues como le mencionaba anteriormente su señoría, no tengo historia clínica que evidencie que efectivamente haya tenido una mejoría, no hay ningún otro ecocardiograma del año 2002 al 2012, que es cuando le hacen el implante del marcapaso, en el momento en que le hacen el implante del marcapaso él tiende a mejorar un poquito, su función de eyección mejoró al 45%, pero sin embargo seguía siendo baja para la normal, eso nos lo documenta el ecocardiograma que le*

tomaron en el año 2012, pero sin embargo, no logró recuperar esa pérdida de capacidad, en nuestro concepto que le hiciera bajar del 50%, o sea el tratamiento digamos le mejoró su condición porque estaba presentando sincopes, dolor torácico, por lo que continúa con esas irregularidades del ritmo cardiaco, por eso fue que ya fue necesario hacerle el implante del marcapaso, digamos que previamente pudo haber estado controlado con medicamentos lo pudieron haber mantenido más o menos establece, pero ya se deterioró su condición y ya la arritmia no mejoraba con ningún medicamente y fue necesario implantar el marcapaso, pero pues no logró que ese tratamiento lo mejorara a su capacidad laboral completa».

En se orden, la falta de información clínica por un período de alrededor de 10 años, no puede interpretarse como la ausencia de la enfermedad, menos aun cuando esta ya se había evidenciado desde el mes de abril de 2002; por el contrario, bien puede asumirse como un vacío que impide advertir una mejoría en la patología, según lo anotado por la perito en su declaración.

Tampoco es procedente descartar lo decido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez en su dictamen del 25 de noviembre de 2021, por el simple hecho que el actor no haya cesado sus cotizaciones al Sistema General de Pensiones, pues aunque se advierte que efectuó aportes desde el 1º de abril de 1970 y hasta el mes de febrero del año 2014, es decir, incluso con posterioridad al diagnóstico de su enfermedad, no puede pasar por alto la recurrente, que desde 1995, lo viene haciendo en calidad de trabajador independiente, lo cual bien pudo suceder a través de actividades que su enfermedad le permitió desarrollar, a más que el estado de invalidez de ninguna manera impide al afiliado continuar cotizado al sistema, pues ello no se encuentra previsto en la ley; antes bien, la Ley 100 de 1993, permite continuar efectuando aportes, sobre todo porque tal condición debe revisarse cada 3 años, conforme a las voces del artículo 44 de la normatividad *ejusdem*, cuya disminución en el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, deviene en la desaparición

del derecho a la prestación de invalidez, debiendo entonces el afiliado continuar efectuado sus cotizaciones, en aras de amparar las demás contingencias protegidas por el Sistema de Seguridad Social, como la vejez y la muerte.

Puestas así las cosas, considera la Sala que, tal como lo con acierto lo determinó el Juzgado de Conocimiento, el dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez goza de todo el valor probatorio, y por ende, debe ser considerado para la resolución del presente caso, máxime que la médica ponente, Sandra Fabiola Franco Barrero, explicó las razones por las cuales se separaba de la experticia rendida por Colpensiones, a saber:

> *«(…) si básicamente yo no estaría de acuerdo con ese dictamen por lo que hablamos de la del grado de compromiso del corazón, por lo que él tiene su marcapaso, pero yo consideré que la enfermedad principal que le generó a él toda esta alteración fua la arritmia cardiaca, por lo cual terminaron implantándole el marcapaso y eso sumado pues al daño del corazón, evidenciado con el ecocardiograma, entonces por eso es que las deficiencias en los dictámenes están diferentes, para mí el mayor compromiso de la causa real de toda la deficiencia que presenta el paciente fue la arritmia cardiaca que lo llevó al implante del marcapaso y pues el daño del corazón».*

Virtud de la amplia exposición dada por la médica ponente del dictamen emitido por la Junta Regional, no queda otro camino a la Sala que confirmar la sentencia opugnada sobre este aspecto.

PENSIÓN DE INVALIDEZ

La parte demandante igualmente reclama el acceso a la prestación pensional por invalidez.

Al punto, es claro que José Agustín Cerinza fue dictaminado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, con una pérdida de capacidad laboral equivalente al 50,00% y fecha de estructuración del 2 de abril de 2002. Así las cosas, como quiera que el

actor se considera inválido ya que la perdida de la capacidad laboral es igual al 50%, procede esta Sala de Decisión a desarrollar el problema jurídico planteado en líneas anteriores, para lo cual es menester precisar que viene sentado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que es la fecha de estructuración de la invalidez la que determina la norma aplicable al caso, siendo ésta el 2 de abril de 2002, como da cuenta el referido dictamen, la norma aplicable es la prevista en el artículo 39 literal a) de la ley 100 de 1993, que exige para el afiliado que se encuentre cotizando al sistema, como es el caso del actor, quien estaba aportando para tal data, según la historia laboral obrante en el expediente administrativo (carpeta 02), acreditar 26 semanas al momento de producirse la invalidez.

Al constatar dentro del proceso si el demandante acreditó el número de semanas para tener derecho a la pensión de invalidez, se tiene que según el reporte expedido por COLPENSIONES, que como se dijo obra en el expediente administrativo, cotizó un total de **464,73** semanas, al 2 de abril de 2002, superando con creces las 26 mínimas exigidas por la norma que regenta el caso; lo que en suma implica que, acredita los requisitos indispensables para acceder a la pensión de invalidez, misma que habrá de reconocerse desde la última fecha en mención, por 14 mesadas al año, en atención a las previsiones del Acto Legislativo 001 de 2005, como así lo determinó el Juzgado de Conocimiento.

Sobre la cuantía de la prestación, se tiene que la misma fue determinada por el *a quo* en el mínimo legal mensual vigente, la cual se mantendrá incólume, como quiera que la misma no fue impugnada por la parte actora y conforme a la Ley 100 de 1993, no puede existir mesada pensional que sea inferior a tal monto.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Establecido el derecho en cabeza del demandante a la pensión de

invalidez, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado por la parte pasiva en la contestación de la demanda, en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

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

Ahora bien, conforme al criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL1560-2019, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno *«(…) el plazo prescriptivo de la acción tendiente al pago de la pensión de invalidez, que no de su reconocimiento pues ella es imprescriptible, se insiste, empieza a correr desde que el afectado ha tenido 'conocimiento acabado' de su estado de invalidez laboral, o sea, no simplemente desde cuando se causa el infortunio o se advierten los primeros síntomas de la afectación a la salud o integridad de la persona o trabajador, sino desde cuando queda firme la 'determinación' de la incapacidad o invalidez laboral que a ese respecto profiere la correspondiente Junta de Calificación de Invalidez».* (Subraya fuera de texto).

En ese orden, es claro que en el presente caso, no ha operado el fenómeno prescriptivo, toda vez que, el dictamen de calificación de invalidez del actor que estableció de manera definitiva su estado, data del 25 de noviembre de 2021, pues tuvo lugar en el transcurso del presente proceso.

RETROACTIVO PENSIONAL

En aras de revisar el retroactivo pensional causado a favor del actor, se tiene que una vez realizadas las operaciones aritméticas de rigor, la

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

demandada le adeuda al actor la suma de **$168.649.166**, por las mesadas causadas entre el 2 de abril de 2002 y el 31 de agosto de 2022, por manera que se modificará la decisión de primer grado sobre este aspecto, no sin antes acotar que las sumas debidas, deben reconocerse debidamente indexadas al momento de su pago, dado el fenómeno inflacionario de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

RETROACTIVO PENSIONAL 2 DE ABRIL DE 2002 A 31 DE AGOSTO DE 2022			
Año	Valor mesada	No. de mesadas	Subtotal
2002	$ 309.000	10,96	$ 3.386.640
2003	$ 332.000	14	$ 4.648.000
2004	$ 358.000	14	$ 5.012.000
2005	$ 381.500	14	$ 5.341.000
2006	$ 408.000	14	$ 5.712.000
2007	$ 433.700	14	$ 6.071.800
2008	$ 461.500	14	$ 6.461.000
2009	$ 496.900	14	$ 6.956.600
2010	$ 515.000	14	$ 7.210.000
2011	$ 535.600	14	$ 7.498.400
2012	$ 566.700	14	$ 7.933.800
2013	$ 589.500	14	$ 8.253.000
2014	$ 616.000	14	$ 8.624.000
2015	$ 644.350	14	$ 9.020.900
2016	$ 689.455	14	$ 9.652.370
2017	$ 737.717	14	$ 10.328.038
2018	$ 781.242	14	$ 10.937.388
2019	$ 828.116	14	$ 11.593.624
2020	$ 877.803	14	$ 12.289.242
2021	$ 908.526	14	$ 12.719.364
2022	$ 1.000.000	9	$ 9.000.000
TOTAL			$ 168.649.166

COSTAS

La demandada Colpensiones manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la imposición en su contra de costas procesales. 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 acertó al imponer 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.

Motivo por el cual se confirmará la decisión proferida en primera instancia. En esta segunda instancia estarán a cargo de la parte demandada, dado el resultado de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el día 8 de junio de 2022 dentro del presente proceso, en el sentido de **CONDENAR** a Colpensiones a pagar a favor del demandante la suma de $168.649.166, por concepto de retroactivo pensional causado desde el 02 de abril de 2002 hasta el 31 de agosto de 202 de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiaba.

TERCERO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia estarán a cargo de la parte demandada, dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio de la Ley 2213 de 2022.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

ÉDAR RENDÓN LONDOÑO

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 demandada en la suma de $ 600.000.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **BLANCA ANA JOAQUINA GIL RIAÑO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y uno (31) días del mes de agosto del año dos mil veintidós (2022), 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 en la Ley 2213 de 2022[1]; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede en forma a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora BLANCA ANA JOAQUINA GIL RIAÑO, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, para que previos los trámites procesales pertinentes se declare que en calidad de compañera permanente de

---

[1] *«Artículo 13. **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»*

Marcos Prieto (q.e.p.d.) tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional.

Consecuencia de lo anterior, se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la sustitución pensional a partir del 8 de febrero de 2019, fecha en que falleció su compañero permanente, junto con las mesadas pensionales adicionales, debidamente indexadas, intereses moratorios y las costas y agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 51 a 53 del archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten, que, el Instituto de Seguros Sociales le reconoció la pensión de vejez al señor Marcos Prieto (q.e.p.d.); que, al momento del retiro de la nómina de pensionados, el señor Prieto devengaba $828.116; que, el pensionado falleció el 8 de febrero de 2019; que, el 1 de mayo de 1982 el señor Marcos Prieto contrajo nupcias con la señora, Blanca Ana Joaquina Gil Riaño; que el 23 de enero de 1995 la pareja se divorció; que la pareja a pesar de haberse divorciado, inició una unión marital de hecho, en forma ininterrumpida por más de 20 años, hasta el día de su deceso, compartiendo, techo, lecho y mesa; que, durante la relación marital la pareja procreó dos hijos, los cuales a la fecha, ya son mayores de edad; que, el 23 de octubre de 2018 presentó reclamación ante Colpensiones en calidad de compañera permanente; que es la única beneficiaria del reconocimiento pensional; que se encontraba registrada como beneficiaria en los servicios exequiales; que la dirección registrada en sus datos personales, es la misma de su compañera permanente; que, mediante Resolución No. SUB 88302 de 2019 le fue negado el reconocimiento pensional; que interpuso recurso de apelación contra el acto administrativo emitido; que, al desatar la alzada, se confirmó la decisión primigenia; que, en el expediente administrativo reposan declaraciones extra juicio, que dan fe de la convivencia de la pareja.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** sentó su oposición frente a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, la demandante no acredita los requisitos legales y especialmente, el de convivencia, para que se le reconozca la prestación económica. Como medios **exceptivos** propuso los de carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y la obligación reclamada, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación. Inexistencia de intereses moratorios e indexación; compensación y la innominada o genérica (carpeta 05 del expediente digital).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintitrés (23°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 28 de junio de 2022, en el que, resolvió; **condenar** a Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento de Marcos Prieto (q.e.p.d.) a partir del 8 de febrero de 2019, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, en 14 mesadas anuales; **condenar** a Colpensiones a pagar $40.553.283 como retroactivo causado del 8 de febrero de 2019 al 31 de mayo de 2022, debidamente indexadas; **autorizó** el descuento de los aportes en salud respecto al retroactivo reconocido; **absolvió** a Colpensiones de las demás pretensiones; **condenó** en costas a pasiva; **ordenó** la consulta de la providencia a favor de la demandada.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

> *"…finalmente la demandante en su interrogatorio de parte manifestó que efectivamente sí adelantó el proceso de divorcio por cuestiones de violencia intrafamiliar, sin embargo, a pesar de ello siguió conviviendo con el causante hasta el momento de su fallecimiento que, si bien hubo un período de separación, este no fue más de 15 días cree ella en el que la, el demandante se fue a quedar en la casa de su mamá pero que después volvió a la casa y continuaron viviendo hasta el momento de su fallecimiento, así las cosas al realizar un análisis sistemático y conjunto*

de los anteriores medios probatorios encuentra el despacho que si bien el vínculo matrimonial se extinguió por divorcio el 23 de enero de 1995 se encuentra acreditado que la demandante y el causante continuaron conviviendo de manera permanente e ininterrumpida por lo que sin importar el estatus jurídico de la unión de la pareja lo relevante de cara a definir la prestación de sobrevivientes es que se estableció la continuidad y perdurabilidad de la, de la vida, de la comunidad de vida por lo menos durante los, mínimo 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante siendo ellos obviamente muchos más años, pero lo que requiere la norma son 5 años y eso está establecido claramente dentro del acervo probatorio en la que se constata una ayuda mutua, el afecto entrañable y el apoyo económico, la asistencia solidaria, el acompañamiento espiritual entre los compañeros permanentes…".

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de la parte **demandante** interpone recurso de apelación, y reclama el reconocimiento y pago de los intereses moratorios causados a favor de la demandante, teniendo en cuenta la situación particular de la señora Blanca Gil Riaño.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los extremos procesales presentaron alegaciones de instancia.

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

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

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 4º de la Ley

712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 7 del archivo 01 del expediente digital, en la que Colpensiones señala en la Resolución GNR 88302 del 11 de abril de 2019, que la demandante presentó reclamación de pensión, siendo atendido su pedimento en forma desfavorable.

PROBLEMA JURÍDICO

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 66 A y 69 del C.P.T la S.S., esta Sala procede a analizar si la señora Blanca Ana Joaquina Gil Riaño es beneficiaria de la sustitución pensional del señor Marcos Prieto (q.e.p.d.) en calidad de compañera permanente, en caso de ser afirmativa esta premisa, se deberá establecer el monto de la mesada pensional, retroactivo causado y la procedencia de los intereses moratorios.

STATUS DE PENSIONADO DEL CAUSANTE

No es tema de controversia la calidad de pensionado del causante señor Marcos Prieto, pues la misma se desprende de la Resolución SUB 88302 del 11 de abril de 2019, en la que, Colpensiones señala que el *de cujus*, fue pensionado por el extinto Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución No. 12147 de 1996, prestación económica que al momento del retiro de la nómina de este, equivalía a la suma de $828.116 (fl. 7 del Archivo 01 del expediente digital).

SUSTITUCIÓN 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 Blanca Ana Joaquina, pretende obtener la sustitución pensional vitalicia en calidad de cónyuge o compañera permanente del señor Marcos Prieto (q.e.p.d), quien falleció el 8 de febrero de 2019, según se indica en el registro civil de defunción visible a folio 23 del archivo 01 del expediente digital. Es patente entonces, que el régimen aplicable es el previsto en el artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, inciso 3º del literal a) el cual dispone:

> «*Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
>
> *a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.*
> *(…)*
> *En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente*».

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 de los pedimentos, se constata que la fecha de natalicio de la señora BLANCA ANA JOAQUINA GIL RIAÑO lo fue el 14 de octubre de 1961, como se constata de su cedula de ciudadanía (folio 3 archivo 01 del expediente digital), lo que en suma implica que, para

la fecha de deceso del causante, aquella contaba con 57 años de edad, cumpliendo así la solicitante la primera de las exigencias legales para acceder al derecho pensional deprecado.

En lo que respecta a la convivencia, la Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad artículo 13 de la ley 797 de 2003, admite, que el objetivo fundamental de la pareja es compartir en vida real y social, en este sentido la sentencia C-336 de 2014, expuso:

> «*El objetivo fundamental perseguido es el de proteger a la familia. En efecto, la circunstancia de que el cónyuge o compañero permanente del causante deban cumplir ciertas exigencias de índole personal y temporal para acceder a la pensión de sobrevivientes, constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar. <u>También busca favorecer económicamente a aquellos matrimonios y uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de continuidad</u>; pero también, que dicha disposición intenta amparar el patrimonio del pensionado, de posibles maniobras fraudulentas realizadas por personas que, con la falsa motivación de instituir una vida marital responsable y comprometida, sólo pretenden derivar un beneficio económico de la transmisión pensional.*
>
> *(…)*
> *Que el propósito de la institución es proteger al pensionado y a su familia de posibles convivencias de última hora que no se configuran como reflejo de una intención legítima de hacer vida marital, sino que persiguen la obtención del beneficio económico que reporta la titularidad de una pensión de vejez o invalidez. En este sentido, es claro que la norma pretende evitar la transmisión fraudulenta de la pensión de sobrevivientes*».

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, copia de la cédula de la demandante (fl. 3 del archivo 01 del expediente digital); oficio remitido por Colpensiones dando respuesta a su requerimiento (fl. 5 del archivo 01 y fl 39 del archivo 05 del expediente digital); copia de la Resolución

No. SUB 88302 del 11 de abril de 2019, SUB 189763 del 19 de Julio de 2019 (fl. 7 a 19 del archivo 01 del expediente digital); copia de la cédula de ciudadanía del señor Marcos Prieto (q.e.p.d.) (fl. 21 del archivo 01 del expediente digital); copia del registro civil de defunción del señor Marcos Prieto (fl. 23 del archivo 01 del expediente digital); registro civil de matrimonio de la pareja (fl. 25 del archivo 01 del expediente digital); copia de la cédula de ciudadanía de los hijos de la pareja (fl. 27 y 29 del archivo 01 del expediente digital); declaraciones extra juicio de Marco Antonio Sanabria, María Briceida Espinosa Bueno, Judy Maritza Sarmiento Ospina, Ana Victoria Sarmiento Ospina (fl. 31, 35, 39 del archivo 01 del expediente digital); solicitud de prestación de servicios exequiales de gas natural (fl. 43 del archivo 01 del expediente digital); reporte de semanas cotizadas emitida por Colpensiones (fl. 33 del archivo 05 del expediente digital).

Por tanto, en lo que respecta a la cualificación legal de la posible beneficiaria y ahora reclamante jurisdiccional, señora BLANCA ANA JOAQUINA GIL RIAÑO, como segundo requisito para adquirir la prestación pensional de sobrevivientes, se constata registro civil de matrimonio celebrado con el causante el 2 de julio de 1982 (fl. 25 del archivo 001 del expediente digital), sin embargo, debe resaltar esta Sala de Decisión, que en el documento aludido, se registró sentencia emitida por el Juzgado Noveno del Circuito de Bogotá, en la que se declaró el "*divorcio*" de la pareja, del 23 de enero de 1995 (fl. 26 del archivo 01 del expediente digital), sin embargo, se alega que, con posterioridad a dicha data, continuaron viviendo bajo el mismo techo, lecho y mesa, hasta la fecha del deceso del pensionado, el 8 de febrero de 2019.

Luego entonces, la circunstancia enunciada implica usar el criterio jurisprudencial de la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral desde la sentencia Rad. 68121, SL5141 de 2019 que,

en síntesis, adoctrina que es deber establecer el vínculo que ató a la pareja, más allá de la simple denominación formal, es decir, si es cónyuge o compañera permanente, corroborando los lazos que ataron a la pareja.

Razón por la cual, esta Sala de Decisión entrará a dilucidar si existió convivencia de manera continua e ininterrumpida entre la pareja y si la activa es acreedora de la prestación económica por sobrevivencia, debiendo entonces demostrar que convivió y mantuvo un nexo sentimental con ánimo de convivencia, en por lo menos 5 años, con el señor Marcos Prieto.

DE LA CONVIVENCIA

En lo que respecta a la convivencia de la señora Blanca Ana Joaquina Gil Riaño con el causante, se tiene en el interrogatorio de parte recepcionado a la demandante, que, esta afirmó en su oportunidad lo siguiente;

Que se casaron en 1982 y procrearon dos hijos, viviendo una parte del tiempo en el Barrio Juan Rey, manteniendo la convivencia por espacio superior a los 30 años; que adquirieron un lote y allí construyeron su casa; que ella trabajaba en el Centro Comercial Bulevar Niza y por ello, el no la pudo afiliar a los servicios de salud, al estar ella registrada como cotizante y que su compañero había adquirido un seguro funerario, en el cual la tenía registrada como su beneficiaria, al igual que a sus hijos, agregando a su dicho que, "*yo estuve al lado de él con mis hijos, yo era la que lo llevaba al médico, estábamos pendientes de él, ya lo último que no podía el, muchas veces porque él tomaba muchísimo, demasiado licor, demasiado, demasiado y sufría de ataques, se me caía, me tocaba pedirle*

ayuda a los vecinos que me lo ayudarán a levantar y a lo último tocaba llevarlo al médico era en silla de ruedas".

En lo tocante a la anotación de divorcio efectuado en el Registro Civil de Matrimonio informó que, "*Si doctor si hay un, ósea por parte mía, por los maltratos de él, por mucho alcohol, porque era demasiado alcohol, él prefería el alcohol y no la comida, llegaba borracho a tratarme mal, a pegarme, a eso, hubo un eso, pero él nunca hubo una separación, nunca él firmó porque varias veces vinieron a aceptar los del juzgado mismo y él insulto al, a un mensajero del juzgado*", adicionando a su dicho, que a pesar del divorcio, "*nosotros pues ya hablamos y eso y nosotros seguimos viviendo, después de ese divorcio después de que eso vivimos 16 años juntos, nunca nos separamos, siempre estuvimos juntos*".

Al auscultársele sobre la situación personal del señor Marcos, ella informó que su compañero padecía de enfermedades, que lo llevaron a la muerte, en el Hospital la Victoria, donde estuvo internado, en principio, en cuidados intensivos y les permitían el ingreso por corto tiempo, y ya después se debieron turnar con sus hijos, para acompañarlo.

En cuanto a las exequias del pensionado, informó haber asistido a estas, en la funeraria de Capillas de la Fe, también a las honras fúnebres y eucaristías celebradas en su nombre, al ser su compañero de vida.

Respecto a la negativa a suministrar información de los familiares del señor Marcos, cuando le fue realizada la investigación administrativa por Colpensiones, ella informó que, su compañero generalmente cobraba e iba a la casa de la familia de este y consumían licor, por lo que, ella tomó la decisión de llamar a sus cuñados y le dijo que, el

médico había prohibido al señor Marcos ingerir licor, dado su estado de salud, recibiendo malos tratos por parte de este, generando tal discrepancia, el rompimiento de las relaciones con la familia de su compañero, las cuales se acentuaron por inconvenientes con dinero producto de la venta de una propiedad de la cual era titular el fallecido.

De la convivencia con su compañero informó que, vivieron siempre en la misma casa como pareja, hasta cuando se agravó su situación médica y tuvieron que llevarlo al hospital.

En lo atinente a la prueba testimonial recaudada a favor de la demandante, la señora Ana Victoria Sarmiento Ospina, vecina de la demandante, informó que conoció a la pareja, "*porque yo me crie con los hijos de ella*", aproximadamente hacía 20 años; que él vivía en una habitación del segundo piso del inmueble, que, veía salir a la pareja del inmueble y a ella, hacerse cargo durante el tiempo que estuvo convaleciente el señor Marcos, haciéndole limpieza a los equipos y elementos médicos, junto con su hija, en forma alternada, dado que la señora Blanca, tenía su trabajo.

A su turno, la señora María Briceida Espinoza Bueno, vecina de la señora Blanca Ana Joaquina, desde el año 2008, aproximadamente, constándole que ella vivía con el señor Marcos y que tenían dos hijos; que, debido a los turnos de la demandante, sus hijos cuidaban al señor Marcos y cuando llegaba la demandante a su hogar, ella era quien lo atendía y que consideraba eran familia, porque mientras él tuvo salud, salían juntos con los hijos.

Marco Antonio Sanabria, dijo conocer a la señora Blanca aproximadamente hace 16 años, porque son vecinos, que, ella vivía con el señor Marcos, como su esposo, porque ella "*le hacia la comida, le lavaba*

la ropa, vivían allá en la casa, pero él cómo se enfermó, ella le dio una piecita a parte en el segundo piso y le tenía la ropa de todas maneras, porque él era el esposo, cuando ella podía, cuando ella trabajaba pues ahí si no estaba", adicionalmente informó que, "*sí claro por ahí en los diciembres, nos íbamos, la señora Blanca y el esposo hacían asaditos y nos invitaban a los vecinos más allegados no?, y ahí comíamos y nos tomábamos por ahí una, un vino, una cerveza y cada uno para su casa*".

Finalizando su intervención en que, no le consta si ellos habían decidido separarse por un tiempo prolongado y tampoco, del sostenimiento del hogar.

Por otro lado, Judy Maritza Sarmiento Ospina, en la declaración extrajuicio rendida ante Notario Público señaló conocer desde el año 2001 al señor Marcos Prieto, quien fue la pareja de la señora Blanca Ana Joaquina, hasta la fecha de su fallecimiento, que procrearon dos hijos; que en el lugar de domicilio vivían ellos dos, con su hija, siendo ellas, las encargadas del cuidado durante su convalecencia.

Dimana de lo precedente, de un análisis en conjunto del material probatorio recaudado en primera instancia que la señora Blanca Ana Joaquina Gil Riaño y el señor Marcos Prieto, en primer lugar, los ató un vínculo matrimonial entre el 1 de mayo de 1982 hasta enero de 1995, cuando se declaró el divorcio; sin embargo, con posterioridad al año 1995, mantuvieron su relación de pareja, hasta la fecha de su deceso, en febrero de 2019.

Por otro lado, los testigos citados, señalan que conocieron a la pareja como esposos, que vivían en el mismo inmueble y que la señora Blanca siempre estuvo pendiente de su compañero y más cuando su estado de salud decayó.

Fluyendo palmario para esta Sala que, entre la enunciada pareja, si existió convivencia, durante 5 años con el señor Marcos Prieto, por lo que, habrá de confirmarse en este aspecto la sentencia objeto de reproche.

DE LA PRESCRIPCIÓN

En lo concerniente a la fecha a partir de la cual BLANCA ANA JOAQUINA GIL RIAÑO tiene derecho a disfrutar de la pensión reconocida, evidencia esta Colegiatura que el señor Marcos Prieto falleció el 8 de febrero de 2019 y la convocante presentó reclamación en la misma calenda, por lo que, en el sub examine no ha operado el fenómeno prescriptivo, de acuerdo a lo preceptuado en 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).

RETROACTIVO PENSIONAL

Efectuados los cálculos aritméticos de rigor, teniendo en cuenta la mesada devengada por el pensionado fallecido para el año 2014 y dado el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se evidencia, que, las mesadas adeudadas a la demandante, a la fecha de emisión de la presente sentencia, corresponden a los siguientes valores;

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incre-mento %***	***Valor mesada calculada***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
08/02/19	*31/12/19*	*3,18%*	*$ 828.116,00*	*11,77*	*$ 9.744.164,9*

01/01/20	*31/12/20*	*3,80%*	*$ 877.803,00*	*13,00*	*$ 11.411.439,0*
01/01/21	*31/12/21*	*1,61%*	*$ 908.526,00*	*13,00*	*$ 11.810.838,0*
01/01/22	***31/07/22***	*5,62%*	*$ 1.000.000,00*	*7,00*	*$ 7.000.000,0*
Total retroactivo				***$ 39.966.441,93***	

Dimanando de lo anterior, en la modificación del numeral 2 de la sentencia objeto de reproche, para tenerse como retroactivo causado desde el 8° de febrero de 2019 al 31 de Julio de 2022, la suma de **$39.966.441,93.**

DE LOS INTERESES MORATORIOS

Reprocha la parte actora, la absolución impartida frente al reconocimiento de los intereses moratorios, sobre el particular, la norma pensional que estableció el rubro echado de menos por la actora en el *libelo,* se encuentran regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, al señalar *«A partir del 1° de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago»*

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

Así las cosas, en este punto, debe realizar esta Magistratura el siguiente

análisis, la demandante, presentó reclamación administrativa en el año 2019, de acuerdo a lo dispuesto en el acto administrativo emitido por la convocada a juicio, con el fin de que le fuese reconocida la pensión de sobreviviente y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, dirime la controversia con la Resolución SUB 88302 del 11 de abril de 2019, negando la prestación y arguyendo para tal efecto.

> *"Así las cosas, según la pretensión de la solicitante, se procedió a solicitar investigación administrativa. (sic) a fin de determinar el requisito de convivencia preceptuado en el artículo 47 de la ley 100 de modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, entre la señora* ***GIL RIAÑO BLANCA ANA JOAQUINA****, en calidad de compañero del señor* ***PRIETO MARCOS****; arrojando como resultado la siguiente conclusión general:*
>
> *"(..)* ***NO SE ACREDITÓ*** *el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por* ***Blanca Ana Joaquina Gil Riaño****, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa.*
> *De acuerdo a la información verificada, cotejo de documentación, entrevistas y trabajo de campo, se logró establecer que el señor Marco Prieto y la señora Blanca Ana Joaquina Gil Riaño, contrajeron matrimonio el día 1 de mayo del año 1982, sin embargo, no se logró comprobar que hubieran convivido hasta el día del fallecimiento del causante.*
> - *Ya que la solicitante no aportó datos de familiares del causante, ya que alude no tener contacto con ellos por diferencias que tenían debido al estado de salud del causante, información que es también corroborada por una hija de las partes.*
> - *La solicitante no aportó historia clínica del causante, documentos personales, prendas y demás. Solo aportó tres fotografías de las cuales dos son de un mismo evento social y otra aparece el causante solo, razón por la cual por medio de estas no se pudo corroborar si efectivamente existió una convivencia entre las partes.*
> - *Adicional los vecinos entrevistados son aportados por la solicitante, ya que el sector donde esta reside es de alta peligrosidad y el testigo extra juicio entrevistado también es aportado por la misma. – Se estableció que el causante falleció el día 8 de febrero del año 2019. (…)"*

Así las cosas, la negativa de Colpensiones a reconocer la sustitución pensional, se encuentra justificada en la precariedad de las pruebas allegadas por la señora Gil Riaño ante la Entidad, más aún, cuando

adelantada la investigación administrativa por el ente de seguridad social, este tampoco llegó a la conclusión o certeza de la convivencia de la pareja, impidiéndose de esta manera, que se corroborara el cumplimiento de este requisito y tan solo acreditarse, en el decurso de este trámite procesal.

Aunado a lo anterior, a pesar que el abogado de la parte actora, estima se debe tener en consideración la condición socio económica de la señora Gil Riaño y que esta, no contaba con medios tecnológicos para tomar fotografías o aportar documentos personales de su compañero, estima esta Corporación, que no se desconoce tal situación, sin embargo, en este punto, debe resaltarse que, el fallecimiento del pensionado acaeció en el año 2019, por lo que, para dicha data resulta inverosímil que la demandante, no tuviera siquiera anotado o registrado en una agenda o celular, los números de teléfono o dirección de los familiares de su compañero, aún a pesar de la distancia que existía entre ellos.

En segundo lugar, que, si el fallecimiento del señor Prieto ocurrió en febrero de 2019 y la entidad resolvió el pedimento prestacional en abril de la misma calenda, es decir, sin superar los tres meses del fallecimiento del pensionado, la demandante no contara en este interregno de tiempo, con la historia clínica, documento o prendas en la vivienda que pudieran corroborar la convivencia entre ellos.

Y finalmente, si bien, no todas las personas tienen acceso a medios tecnológicos, también es cierto, que, en la actualidad, un gran porcentaje de personas utilizan o tienen un celular con cámara, por lo que, es factible y accesible tomar una fotografía en cualquier evento social u reunión, máxime que el deceso del señor Prieto, fue hace tres

años y no en tiempos en los cuales, el acceder a este tipo de equipos tecnológicos era más dispendioso o costoso.

Las anteriores precisiones se realizan con el fin de dar respuesta a los argumentos esgrimidos por la parte actora en la alzada y considerando que estos son suficientes para dar al traste con la solicitud de imposición de los intereses moratorios[2].

Consecuencia de lo anterior, se confirmará la decisión del *A quo* frente al reconocimiento de la indexación pensional.

COSTAS

No se impondrá condena en costas, al considerarse que estas no se causaron y conocerse en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

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: MODIFICAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés (23°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 28 de junio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **BLANCA ANA JOAQUINA GIL RIAÑO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE**

[2] Sentencia CSJ SL 787-2013, reiterada en la sentencia SL 5141 de 2019

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PENSIONES – COLPENSIONES, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** a pagar a favor de **BLANCA ANA JOAQUINA GIL RIAÑO**, como mesada pensional a partir del 8° de febrero de 2019, en suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, en 14 mensualidades y fijar como retroactivo pensional causado desde el 8 de febrero de 2019 hasta el 31 de julio de 2022, la suma de **$39.966.441,93**, debidamente indexado, de acuerdo a los argumentos esgrimidos en forma precedente.

SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO. COSTAS. Sin costas en esta instancia, al considerarse como no causadas.

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 de la Ley 2213 de 2022.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **CARLOS ALBERTO BERNAL FONSECA** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y uno (31) días del mes de agosto del año dos mil veintidós (2022), 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 en la Ley 2213 de 2022[1]; 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 la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP a la abogada Karen Lizeth Peñuela Martín, identificada con C.C. No. 1.012.386.438 de Bogotá y portadora de la T. P. No. 262.254 expedida

---

[1] *«Artículo 13. **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»*

por el C. S. de la Judicatura, de acuerdo al poder allegado vía electrónica.

Acto seguido, el Tribunal procede en forma a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor CARLOS ALBERTO FONSECA, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra la UGPP con el fin que se declare que causó el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional suscrita entre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y el Sindicato Nacional de Trabajadores de Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y por ello, la UGPP debe reconocer y pagar la pensión por catorce mesadas a partir del 26 de diciembre de 2009, debidamente indexadas, al haberse causado antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y se reconozcan los derechos conforme a las facultades ultra y extra petita.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 6 a 7 del archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten, que, nació el 26 de diciembre de 1954 y cumplió 55 años de edad, el mismo día y mes del año 2009; que, prestó sus servicios a la Caja Agraria como trabajador oficial hasta el 27 de julio de 1999; que, prestó sus servicios a la entidad por más de 23 años; que, al momento del despido del trabajador, este era beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo; que la Caja de Crédito Agrario le reconoció la pensión de jubilación mediante Resolución No 432 del 3 de marzo de 2010, sin indexar la primera mesada pensional; que, mediante Resolución 505 de 2012 el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales le indexa la primera mesada pensional; que el derecho pensional fue liquidado con 13

mesadas al año; que no ha disfrutado de la mesada 14 en su reconocimiento pensional; que solicitó el reconocimiento y pago de la mesada 14 y tal pedimento fue resuelto en forma desfavorable mediante la Resolución No. 037575 de 2019.

CONTESTACIÓN: La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP,** sentó su oposición frente a las pretensiones incoadas por el demandante, al no cumplirse con los requisitos legales para que le sea reconocida la mesada 14. Como medios **exceptivos** propuso los de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica (archivo 05 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veinticinco (25°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 6 de mayo de 2022, en el que, resolvió; **absolver** a la demandada de las pretensiones incoadas en el líbelo genitor; **condenó** en costas al demandante.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

> *"…Con todo, la jurisprudencia en el anterior texto en la cita del Acto Legislativo es evidente y claro que el señor Carlos Alberto Bernal Fonseca no tiene derecho a reconocimiento y pago de la mesada adicional de Junio como lo persigue, toda vez que si bien es cierto la pensión se causó antes del 31 de Julio de 2011 como derecho adquirido al momento del cumplimiento del tiempo laborado hasta el 27 de junio de 1999 y el requisito de la edad como efecto de exigibilidad no infiere en el reconocimiento de un derecho ya adquirido pese a que la pensión de jubilación convencional lo fue a partir el 26 de diciembre de 2009 sería el caso acceder al reconocimiento de la mesada adicional de junio o catorce sobre la pensión del demandante pues tales aspectos darían pasa a las pretensiones de la demanda, si no fuera que a partir de la inclusión en nómina de pensiones, en el caso sub judice, el promotor del proceso lo fue a partir del 26 de diciembre del 2009, iniciando con una mesada pensional en suma de $2.473.953,49, luego, reajustada, a partir del año*

2010, en cuantía de $2.523.472,56 y por efectos de reliquidación, con base de la indexación de la mesada pensional, la cual ascendió a la suma de $4.438.520,60, entre otros, los valores reconocidos por Colpensiones, por efecto del reconocimiento de la pensión compartida, en suma de $4.332.427 para el año 2015, todos estos valores superan a todas luces el monto de tres salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada época, desde el año 2009 en adelante y en ese sentido superados los tres salarios mínimos legales en comento y de los que trata el parágrafo transitorio 6 y el inciso 8 del Acto Legislativo 01 de 2005 ya mencionado….".

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado del **demandante**, reclama la revocatoria de la sentencia al estimar que la H. Corte Suprema de Justicia ha establecido que el derecho se encuentra causado a la fecha del retiro del trabajador, que no es otra que el año 1999 y la edad es un requisito de exigibilidad, por lo que, el derecho se causó antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los extremos procesales presentaron alegaciones de instancia.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de

la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de la documental acopiada a folio 16 del archivo 01 del expediente digital, donde se reclamó la reliquidación de la pensión de jubilación el 26 de agosto de 2019.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de apelación impetrado por la parte actora, 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 el accionante es beneficiario de la mesada catorce, en caso de ser afirmativa esta premisa se deberá establecer la fecha a partir de la cual se reconoce la prestación y el retroactivo causado.

STATUS DE PENSIONADO

No se presenta discusión en lo que atañe a la condición de pensionado de CARLOS ALBERTO BERNAL FONSECA, lo que adicional se ratifica de los medios de convicción adosados al plenario, que se analizan bajo lo dispuesto en los artículos 60 y 61 CPL, en especial, copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 19 del archivo 01 del expediente); reclamación administrativa (fl. 20 del archivo 01 del expediente); Resolución No. 432 de 2010, 505 de 2012, RDP 037575 del 10 de diciembre de 2019 (fl. 24 a 31, 40 del archivo 01 del expediente digital); Resolución SUB 270719 del 17 de octubre de 2018 emitida por Colpensiones (fl. 33 del archivo 01 del expediente); Convención Colectiva (fl. 43 del archivo 01 del expediente); expediente administrativo emitido por la UGPP (archivo 09 del expediente); probanzas de las cuales se colige, tal como con acierto lo determinó el *A quo*, que al señor Carlos Alberto Bernal Fonseca le fue reconocida

pensión de jubilación a través de la Resolución No. 432 del 3 de marzo de 2010, bajo los lineamientos estatuidos en el artículo 41 de la Convención Colectiva del año 1998-1999, por los servicios prestados en la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, y que, el beneficio prestacional fue reconocido a partir del 26 de diciembre de 2009, en cuantía de $2.523.432,[56]; supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia.

MESADA ADICIONAL CATORCE

Teniendo claridad de los presupuestos facticos a que se circunscribe la *Litis*, esta Sala de Decisión se permite iniciar el estudio de la alzada relatando la disposición que dio lugar a la prestación rogada, concerniente al artículo 41 de la Convención Colectiva, que a la letra enseña:

> *«A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, Continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.*
>
> *Con todo, quienes el dieciséis (16) de marzo de 1992 tuvieren dieciocho (18) o más años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, tendrán derecho a la pensión cuando cumplan cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio. Quienes hayan cumplido los requisitos anteriores para el ejercicio o disfrute de la pensión de jubilación deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año contado a partir de la fecha de la firma de la presente Convención. Para quienes no haya adquirido este derecho y cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicio, igualmente deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año, contado a partir de la fecha en que cumplan los requisitos…».*

A su turno, el inciso 8º, artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2005 fue diáfano en señalar que *«Las personas cuyo derecho a la pensión se* ***cause*** *a*

partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento» (Resaltado de la Sala), y el parágrafo transitorio 6º de la norma *ejusdem,* adoctrina:

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

De manera que, para descender al caso objeto de estudio, en primer lugar, debemos partir del hecho cierto, que al señor Bernal Fonseca le fue reconocida la pensión de jubilación por los servicios prestados entre el 31 de mayo de 1976 y el 6 de octubre de 1976 y del 7 de septiembre de 1976 al 27 de junio de 1999, es decir, por espacio de 23 de años y 6 días.

Es así, como se puede concluir sin dubitación alguna que el ex trabajador, tenía derecho al reconocimiento de la mesada catorce, teniendo en cuenta que el Acto Legislativo 01 de 2005 no afectó los derechos adquiridos con anterioridad a su expedición, tal y como lo ha dejado sentado la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, en múltiples pronunciamientos[2].

Es así como el trabajador, solo debía acreditar el cumplimiento del tiempo de servicios con anterioridad a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, ya que, como bien lo señaló el apoderado de la parte actora al fundar su oposición, el cumplimiento de la edad establecida en el

[2] Sentencia CSJ SL526-2018, reiterada en sentencia CSJ SL4550-2018 y memoradas en la sentencia SL722-2019

texto convencional es un mero requisito, para su exigibilidad y no un requisito de causación.

Luego entonces, al haberse causado, el derecho prestacional en el año 1996, cuando cumplió los 20 años de servicios, su derecho al reconocimiento y pago de la mesada de junio o catorce, no se vio afectada, y por ende, es procedente el reconocimiento de mesadas pensionales adicionales consagradas en textos convencionales[3].

DE LA COMPARTIBILIDAD PENSIONAL

Si bien no fue objeto de controversia lo tocante a la compartibilidad de la pensión convencional reconocida por, la ahora UGPP, también es cierto, que no se puede pasar inadvertido que al señor Bernal Fonseca, le fue reconocida una pensión de vejez a cargo de la Admistradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, mediante Resolución SUB 270719 del 17 de octubre de 2018 (fl. 33 del archivo 01 del expediente digital), por lo que, debe hacerse alusión a este tema, por ministerio de la Ley[4].

Ahora bien, para desatar la controversia, tenemos que, la pensión de jubilación fue reconocida de manera compartida con la pensión de vejez que reconociera Colpensiones, una vez el demandante cumpliera con los requisitos legales, para ello, quedando a cargo de la UGPP, el pago del mayor valor que resultara entre ellas.

Fue así como Colpensiones, reconoció la pensión de vejez a partir del año 2015, es decir, por 13 mesadas anuales, conforme a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2015, quedando a cargo en forma exclusiva,

---

[3] Sentencia CSJ SL 20 de marzo de 2013, rad. 54265 y SL1925-2021.
[4] Sentencia CSJ SL 4927-2019 y CSJ SL 1508-2018

de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP[5], el reconocimiento y pago de la mesada catorce aquí reconocida, en virtud de la figura de la compartibilidad pensional, atendiendo que dicho concepto, equivale a un mayor valor de la prestación.

DE LA PRESCRIPCIÓN

Al reconocerse el derecho en cabeza del demandante, se debe entrar a estudiar el fenómeno prescriptivo propuesto por la UGPP, al momento de contestar la demanda. 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 a folio 16, la reclamación administrativa radicada ante la UGPP el 26 de agosto de

[5] Sentencia CSJ SL4517-2020

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

2019, por lo que, al haberse reconocido la pensión de jubilación a partir del 26 de diciembre de 2009, el actor contaba con tres años para elevar la correspondiente reclamación, misma que fue ejecutada tan solo hasta el año 2019, fluyendo innegable que las mesadas causadas con anterioridad al 26 de agosto de 2016, se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo y así se declarará en la presente providencia.

DEL RETROACTIVO PENSIONAL

Efectuados los cálculos aritméticos de rigor, teniendo en cuenta la mesada reconocida y pagada por la convocada a juicio, se evidencia, que, las mesadas adeudadas al demandante, a la fecha de emisión de la presente sentencia, corresponden a los siguientes valores;

Tabla Retroactivo Pensional Mesada 14					
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesada calculada***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
26/08/16	*31/12/16*	*6,77%*	*$ 3.121.218,00*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/17	*31/12/17*	*5,75%*	*$ 3.300.688,00*	*1,00*	*$ 3.300.688,0*
01/01/18	*31/12/18*	*4,09%*	*$ 3.435.686,00*	*1,00*	*$ 3.435.686,0*
01/01/19	*31/12/19*	*3,18%*	*$ 3.544.941,00*	*1,00*	*$ 3.544.941,0*
01/01/20	*31/12/20*	*3,80%*	*$ 3.679.649,00*	*1,00*	*$ 3.679.649,0*
01/01/21	*31/12/21*	*1,61%*	*$ 3.738.891,00*	*1,00*	*$ 3.738.891,0*
01/01/22	*31/07/22*	*5,62%*	*$ 3.949.017,00*	*1,00*	*$ 3.949.017,0*
Total retroactivo				***$ 21.648.872,00***	

Es así, como se tendrá como retroactivo causado desde el 26 de agosto de 2016 al 31 de Julio de 2022, la suma de **$21.648.872**.

COSTAS

Al salir avante el recurso de alzada impetrado por la parte actora, se revocará las costas fijadas en primera instancia, para que, en su lugar,

el juez de conocimiento fije las mismas a cargo de la UGPP y a favor del demandante.

En esta instancia, dadas las resultas del proceso, se condenará a la UGPP y a favor de Carlos Alberto Bernal Fonseca.

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: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco (25°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 6 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **CARLOS ALBERTO BERNAL FONSECA** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**.

SEGUNDO. CONDENAR a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** a reconocer y pagar a favor de **CARLOS ALBERTO BERNAL FONSECA,** la mesada catorce respecto a la pensión de jubilación reconocida por la entidad, conforme a los argumentos esgrimidos en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: ORDENAR el reconocimiento y pago del retroactivo causado en el reconocimiento de la mesada catorce desde el 26 de

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

agosto de 2016 hasta el 31 de julio de 2022, en cuantía de $21.648.872, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO. ORDENAR el reconocimiento y pago de la mesada catorce –junio-, a cargo, en forma exclusiva de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.**

QUINTO. DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la demandada, respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 26 de agosto de 2016.

SEXTO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la UGPP y a favor del demandante, dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio de la Ley 2213 de 2022.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

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 la UGPP y a favor del demandante, Carlos Arturo Bernal Fonseca en la suma de UN MILLÓN DE PESOS M/CTE ($1.000.000).



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARÍA AMPARO CHACÓN CAMACHO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y uno (31) días del mes de agosto del año dos mil veintidós (2022), 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 en la Ley 2213 de 2022[1]; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede en forma a dictar la siguiente,

---

[1] *«Artículo 13. **APELACIÓN EN MATERIA LABORAL**. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:*

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

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

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora MARÍA AMPARO CHACÓN CAMACHO, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN y COLPENSIONES, para que previos los trámites procesales pertinentes se declare la nulidad por ineficacia de la afiliación y el traslado efectuado al RAIS ante la omisión de Protección a su deber de información; se declare la anulación por ineficacia del traslado entre sociedades del RAIS convocadas; que se declare que los traslados de fondo de pensiones obedecieron a la falta de información y por tanto se encuentra vigente la afiliación a Colpensiones; que Protección, Colfondos y Porvenir deben trasladar al RPM la totalidad de aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización, gastos de administración durante el tiempo que permaneció afiliada a dichos fondos.

Consecuencia de lo anterior se debe ordenar el traslado y la afiliación a Colpensiones sin solución de continuidad de la demandante; se condene a Protección, Colfondos y Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas, gastos de administración y demás dineros aportados durante su vida laboral por la afiliada, se reconozcan derechos conforme a las facultades ultra y extra petita, así como el pago de costas y agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 3 a 7 del archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten, que, Protección remitió el 24 de septiembre 2020 formulario de afiliación de traslado, sin embargo, tal afiliación no se consumó a dicho fondo sino a Davivir S.A.; que Davivir fue adquirida por la Administradora de

Pensiones y Cesantías Santander y posteriormente por ING Pensiones y Cesantías; que Protección S.A. adquirió por fusión la AFP Santander; que Davivir no tenía ningún vínculo comercial con Protección S.A.; que Davivir, Colmena, Santander e ING fueron trasladados en su momento a Protección; que Protección no tuvo ninguna relación o incidencia en el traslado de régimen; que presta sus servicios en la Contraloría de Bogotá; que siempre estuvo afiliada a la Caja de Previsión Social Distrital; que tenía cobertura en el sistema de seguridad social hasta el 30 de junio de 1995; que la Contraloría no promovió el conocimiento de los diferentes regímenes pensionales; que Davivir no se encontraba al tanto de la situación pensional real e individual de la afiliada; que el asesor de Davivir no le transmitió una información clara, veraz sobre el funcionamiento, los tipos de prestaciones pensionales y que su mesada pensional en el RAIS no superaría el 25%, ni las ventajas o desventajas de los distintos regímenes pensionales; que se afilió a Colfondos en mayo de 2000 cuando un asesor comercial estuvo en su sitio de trabajo; que no le fue informada la posibilidad de retornar al RPM; que nació el 29 de abril de 1963; que presentó reclamación ante Colpensiones, Porvenir, Colfondos, Protección, pero las entidades resolvieron en forma negativa su pedimento.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** sentó su oposición frente a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, no se demostró la omisión en la información y el traslado horizontal realizado entre fondos demuestra su deseo de permanecer en el RAIS. Como medios **exceptivos** propuso los de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos (archivo 10 del expediente digital).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, informó que algunas pretensiones no iban dirigidas contra la entidad y en lo relativo a la

nulidad de traslado reclamada, indicó que la entidad había brindado asesoría, en la que se indicaban las características del régimen pensional, ventajas y desventajas entre los dos sistemas. Como **medios exceptivos** propuso los de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existencia de prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación y la innominada o genérica (archivo 13 del expediente digital).

La **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.,** fincó su oposición frente a las pretensiones incoadas, al haberse suscrito formulario de afiliación de manera libre y espontánea, el cual generó derechos y obligaciones entre las partes. 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 y la innominada o genérica (archivo 14 del expediente digital).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que, el traslado se efectuó después de brindarse a la demandante la información clara, precisa veraz y suficiente para adoptar tal determinación. Como medios **exceptivos** propuso los de, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (archivo 18 del expediente digital).

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiséis (26°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 16 de junio de 2022, en el que, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante; **condenó** a Porvenir a transferir a Colpensiones los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos, sin lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; **condenó** a Protección y Colfondos a transferir al RPM los gastos de administración descontados de la cuenta de la actora; **condenó** a Colpensiones a aceptar las transferencias provenientes del RAIS; **declaró** no probadas las excepciones propuestas; **condenó** en costas a Colfondos, Protección y Porvenir.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

> *"…Así las cosas, considera este despacho que la demandada Protección no acreditó que efectivamente cuando la actora suscribió el formulario de afiliación en Davivir le haya informado o le haya suministrado una información, clara, suficiente, oportuna y eficaz sobre las características del régimen de ahorro individual, toda vez no basta con enunciarlas o con informarle alguna de ellas, sino que deben ser explicadas la totalidad de las características en forma clara y precisa, lo cual, pues, no se acreditó en el caso bajo estudio. Si bien la actora se traslada al Fondo de Pensiones Protección a Colfondos y luego a Porvenir, considera este Despacho que dicha circunstancia, no acredita el deseo de la demandante, fuera estar en el régimen de ahorro individual, toda vez que no se demostró que dichos fondos le hayan reiterado o le hayan informado sobre las características propias del Régimen de Ahorro Individual, tampoco se acreditó que dichas entidades le hayan informado a la actora, que tenía la posibilidad de retornar a Colpensiones antes de cumplir los 47 años de edad, también lo cual considera que era carga de la prueba y la incumbencia de dichos fondos, además de lo anterior, pues, este despacho considera que dichos traslados horizontales no constituyen actos de relacionamiento."*

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de **Porvenir**, interpone recurso de apelación parcial, frente al numeral 2, reclamando su revocatoria, al estimar que, no se encuentra acreditado ningún vicio del consentimiento, para declarar la ineficacia del traslado y por tanto se encuentra prescrita tal reclamación; que tampoco es procedente ordenar la devolución de los dineros, rendimientos, primas de seguros y gastos de administración, porque estos rubros se causan en los dos regímenes, haciéndose un manejo adecuado de los aportes durante la afiliación, además, no son parte integral de la pensión, por lo tanto, ha operado el fenómeno prescriptivo; que en caso de confirmarse la sentencia, no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, demandante, Porvenir y Colpensiones presentaron alegaciones de instancia.

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

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

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 4º de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 5 del archivo 02 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, en estricta consonancia con los reparos invocado por la parte demandada en el recurso de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por la señora María Amparo Chacón Camacho al régimen de ahorro individual administrado por Protección 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.

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, copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 3 archivo 002 del expediente digital); certificación laboral emitida por la Contraloría de Bogotá (fl. 4 archivo 002 del expediente digital); reclamación administrativa (fl. 5 archivo 002 del expediente digital); petición incoada ante Porvenir, Colfondos, Protección (fl. 9 a 11, 26 a 27, 38 archivo 002 del expediente digital); respuesta de Porvenir y Colfondos a petición (fl. 14, 30 archivo 002 del expediente digital); historia laboral consolidada emitida por Porvenir (fl. 16 archivo 002 del expediente digital); formulario de Horizonte (fl. 25 archivo 002 del expediente digital); listado de semanas cotizadas (fl. 32 archivo 002 del expediente digital); formulario de afiliación a Colfondos (fl. 36 archivo 002 del expediente digital); constancia de traslado de aportes emitido por Protección (fl. 43 del archivo 02 y fl. 31 del archivo 014 del expediente digital); reporte de estado de cuenta de la actora emitido por Colfondos (fl. 44 del archivo 02 del expediente digital y fl. 29 del archivo 013 del expediente digital); formulario de afiliación a Davivir (fl. 51 archivo 002 del expediente digital); reporte de semanas cotizadas emitida por Colpensiones (fl. 21 del archivo 10 del expediente digital); expediente administrativo emitido por Colpensiones (archivo 11 del expediente digital); formulario de afiliación a Colfondos (fl. 26 del archivo 013 del expediente digital); certificado SIAFP emitido por Asofondos (fl. 27 del archivo 013 y fl. 39 del archivo 014 del expediente digital); reporte de estado de cuenta emitido por Protección (fl. 32 del archivo 014 del expediente digital); formulario de afiliación a Davivir (fl. 41 del archivo 014 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:

> «*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 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.° 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.° los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.
En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

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

y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado 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.° 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».

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

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

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

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

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

4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.
5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

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

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

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.
De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1º del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.
El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva aunero 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 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 encontró inicialmente vinculada a la Caja de Previsión Social Distrital entre el 30 de mayo de 1988 y el 31 de diciembre de 1995, tal y como lo certifica la Directora de Talento Humano de la Contraloría de Bogotá (fl. 4 del archivo 02 del expediente digital), para luego trasladarse a Davivir hoy Protección el 12 de agosto de 1995, posteriormente migrar a Colfondos el 25 de mayo del año 2000 y finalmente realizar traslado a Horizonte hoy Porvenir el 22 de diciembre de 2010 (fl. 25, 36, 51 del archivo 002; fl. 26 del archivo 013 del expediente digital del expediente digital), 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 Protección S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio 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.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al indicar que, para agosto de 1995, se encontraba trabajando en la Contraloría de Bogotá y, por tanto, estaba afiliada a la Caja de Previsión del Distrito y al acabarse, en las oficinas de talento humano, le informó que debía afiliarse a un fondo de pensiones y allí llegó un asesor de Davivir con los formularios y solo debían dar el nombre, dirección y firmar el documento.

Pese a lo anterior, el asesor no le explicó que pasaría con los aportes realizados hasta dicha data en la Caja de Previsión Social, ni que la afiliación implicaba que se abriría una cuenta individual a su nombre; que a pesar de relacionar a sus beneficiarios en el formulario, no supo cuáles eran los beneficios o cómo accederían a un derecho prestacional con la entidad; omitió el asesor informarle sobre la posibilidad de ahorros voluntarios y que a pesar de haber señalado en la casilla del formulario de traslado que, no deseaba realizar estos aportes, nunca supo cuál era su fin, no le llegaban extractos de su cuenta individual con Davivir hoy Protección, tampoco le hablaron del derecho de retracto, de bono pensional, de cómo se liquidaría la mesada pensional, ni de la pensión anticipada.

Para la época en que se presentó la liquidación de la Caja de Previsión, Davivir fue la única opción que les ofrecieron, pues, nunca le dijeron que podía trasladarse al extinto Instituto de Seguros Sociales.

Que el motivo para migrar de Protección a Colfondos fue porque un asesor dijo que se acabaría dicho fondo, el asesor llevaba el formulario y lo diligenció, limitándose la trabajadora a suministrar la información.

Mientras estuvo afiliada a Porvenir sí recibió los extractos de su cuenta, pero no le fue brindada información de los requisitos que necesitaba acreditar para pensionarse.

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, pues de su declaración no se puede vislumbrar que la convocada a juicio le haya informado las características mínimas de los regímenes pensionales, no pudiéndose concluir una asesoría que diera cuenta de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, así como tampoco, de cómo se

obtendría el capital necesario para obtener el reconocimiento pensional, el motivo por el cual se debía registrar a los posibles beneficiarios ante cada fondo pensional; ni del derecho de retracto, requisitos que debía cumplir para el reconocimiento pensional, así como tampoco, se le habló de los pagos o aportes que debía realizar por conceptos de seguros, ni la posibilidad de retornar al RPM, previo al cumplimiento de los 47 años de edad, 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 Protección 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 la sentenciadora de primer grado, contrario a lo afirmado por la demandada, 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.

Debe resaltarse que, la demandante, María Amparo Chacón Camacho se encontraba vinculada a la Caja de Previsión Social Distrital a la fecha de su traslado al RAIS, por ello, debe precisarse que, existe una imposibilidad material en disponer el retorno de los emolumentos a dicho fondo por su

extinción material, y en la medida que la conclusión de restitución de los valores a Colpensiones, dimanaría como una consecuencia ineludible por mandato del artículo 4º del Decreto 2196 de 2009, al estatuir el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguro Social -ISS-, entidad que a su vez fue remplazada por la hoy demandada Colpensiones.

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 la totalidad de los aportes que tuviera en la cuenta de ahorro individual, a Colpensiones, incluyéndose los rendimientos financieros causados y sin lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

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 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».

En tal virtud, esta Sala considera pertinente adicionar la sentencia, en lo tocante a la devolución de los gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debe precisarse que, la condena o devolución de estos conceptos, surgen como consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para la AFP Porvenir S.A., de reintegrar tales valores, debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, así como bonos pensionales si tuviere y rendimientos financieros, frutos e intereses conforme a lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil y demás rubros que tenga la accionante en su cuenta de ahorro individual[2], 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.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le

[2] Sentencia CSJ SL 1055-2022

resulte desfavorable y no fuere apelado, de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: «*un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus*», por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

Por otro lado, 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 las costas están a cargo de la AFP Porvenir y a favor de la demandante, María Amparo Chacón Camacho, dado el resultado de la 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: ADICIONAR el numeral **segundo y tercero** de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis (26°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 16 de junio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARÍA AMPARO CHACÓN CAMACHO** contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN, COLFONDOS Y PORVENIR S.A** en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A**., **PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS**, a trasladar a **COLPENSIONES**, las cotizaciones recibidas en su integridad, con motivo de la afiliación de la demandante, tales como, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, bono pensional si hubiere, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos y los rendimientos, frutos e intereses y demás rubros que tenga la accionante en su cuenta de ahorro individual.

SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de reproche.

TERCERO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de Porvenir y a favor de la demandante, dado el resultado de la alzada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 de la Ley 2213 de 2022.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PORVENIR y a favor de la demandante, MARÍA AMPARO CHACÓN CAMACHO en la suma de CUATROSCIENTOS MIL PESOS M/CTE ($400.000).

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **CRUZ ERNESTO QUIÑONES RINCÓN** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** Y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto del año dos mil veintidós (2022), 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 en la Ley 2213 de 2022[1]*;* 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,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **CRUZ ERNESTO QUIÑONES RINCÓN** a través de apoderado judicial, solicita se declare la nulidad del traslado de

---

[1] «***ARTÍCULO 13. 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».*

régimen que realizó el 1° de julio de 1997 del ISS al fondo de pensiones ING, hoy Protección; como consecuencia de lo anterior, se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros; se ordene a Colpensiones a realizar todas las gestiones pertinentes, encaminadas a anular el traslado de régimen, recibiendo sin solución de continuidad su afiliación; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (folios 1 a 2 archivo 01 del expediente digital)

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 a 3 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis indican que nació el 3 de mayo de 1956; que se afilió al otrora ISS desde el 5 de noviembre 1982, cotizando al RPM 584,47 semanas; que el 1° de julio de 1999 se trasladó al RAIS a través de la AFP ING, hoy Protección S.A., decisión que no estuvo precedida de ilustración alguna por parte del fondo que lo recibió, por la indebida y nula información que suministró el fondo privado. Que los fondos de pensiones Protección y Porvenir debieron informar sobre la imposibilidad de trasladarse, cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión. Refiere que agotó la respectiva reclamación administrativa ante Colpensiones el 14 de diciembre de 2018, misma que fue resuelta por la entidad en sentido desfavorable a sus intereses; también elevó derecho de petición ante las AFP Porvenir y Protección, sin embargo las entidades no emitieron pronunciamiento alguno.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, formuló oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda, al considerar en esencia que, la escogencia del régimen de ahorro individual y traslado, se dio en debida forma, por tanto no puede resultar damnificada la entidad de la situación y hacerse acreedora de obligaciones que

corresponden al fondo privado, pues dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de las AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante; al contrario, se observa que las documentales se encuentran ajustadas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; por último, manifiesta que en el presente caso el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, para poderse trasladarse de régimen en cualquier tiempo. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y la innominada o genérica (archivo 12 del expediente digital).

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, formuló oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda, por considerar en síntesis que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, como emana del formulario de vinculación que suscribió el señor CRUZ ERNESTO QUIÑONES RINCON, al realizarse en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre el demandante y Protección, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como del afiliada. Agrega que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el

consentimiento, pues se el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, respetando el derecho a la libre elección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo de Pensiones Obligatorias Protección y un acto valido y existente. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó 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 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 la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; traslado de aportes y la innominada o genérica (fls. 5 a 21 archivo 20 del expediente digital).

Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda, al considerar en esencia que, la afiliación de la parte demandante a la AFP Porvenir S.A. fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación -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. Finalmente, indica que, para la fecha en la que se produjo la afiliación del demandante a Porvenir, no existía la obligación de entregar cálculos o proyecciones acerca de su futuro pensional, en consideración a que esta obligación tan solo surgió a partir de la publicación del Decreto

1748 de 2014, la cual se produjo el 26 de diciembre de 2014. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y excepción genérica. (fls. 4 a 19 archivo 21 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 21 de junio de 2022, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS administrado por Protección S.A. y posterior traslado efectuado entre administradoras; **condenar** a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima; **ordenar** a Colpensiones a afiliar nuevamente al actor al RPM y recibir las cotizaciones provenientes de Porvenir S.A.; **declarar** no probadas las excepciones planteadas por las demandadas; **condenar** en costas a Protección S.A. y a Porvenir S.A. (Archivo 53 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 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.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que las circunstancias del presente asunto no permiten dar aplicación de manera automática a las sentencias proferidas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que señalan la inversión de la carga de la prueba. Precisa que la sentencia C-086 de 2016, pone de manifiesto que, si bien existe la figura de inversión de la carga de la prueba, esta no opera de manera automática, por lo tanto, se deben analizar las particularidades del caso concreto previo a la decisión de si ello procede o no. En consecuencia, sostiene que no es posible señalar en el presente asunto que hubo una falta de información, pues el demandante ni siquiera conoce las razones que lo motivaron a trasladarse al RAIS, a más que los fundamentos fácticos de la demanda no concuerdan con lo demostrado en el interrogatorio de parte. En ese sentido, afirma que no es posible tener certeza frente a una falta de información y, por lo tanto, esta particularidad no permite que se invierta la carga de la prueba, sino que, por el contrario, sea la parte actora quien demuestre cuáles fueron las presuntas faltas.

Sostiene que no es posible endilgar responsabilidad a los extremos demandados, en tanto el actor es un consumidor financiero que tiene derechos e igualmente, obligaciones, las cuales en el presente asunto no se cumplieron. Señala que el análisis realizado frente al principio de sostenibilidad financiera fue vago en lo que respecta a la devolución de los aportes, más aún cuando estamos frente a dos regímenes con un modelo de financiamiento completamente diferente. Por último, solicita que, en el hipotético caso de permanecer con la declaratoria de ineficacia, también se ordene a Protección efectúe las devoluciones de los dineros que administró durante el tiempo en que el demandante

estuvo afiliado a dicha sociedad, para justamente no afectar aún más el principio de sostenibilidad financiera.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación contra la anterior determinación, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, no opera la protecciones establecida en la sentencia respecto de la declaratoria de ineficacia de traslado, toda vez que en el presente caso se presentan circunstancias que acreditan la existencia de una verdadera afiliación, pues se constata en el formulario de afiliación suscrito por el demandante que en efecto existió el deber de información, ya que allí se señalan las condiciones frente a las cuales se suscribió el mismo, e informa los beneficiarios señalados por el demandante. Añade que, en el interrogatorio de parte se presentan varias particularidades, pues el actor ni siquiera manifiesta alguna queja respecto a la afiliación de Porvenir S.A., y solo aceptó que la hizo de manera libre y voluntaria, lo cual se ratifica con la suscripción del formulario; llamando la atención que el actor dice no recordar lo que le indicaron al momento de hacer el traslado de régimen pensional. En tal sentido, sostiene que no se están cumpliendo con los requisitos establecidos por la jurisprudencia frente a la carga de la prueba, y se están afectando tres principios fundamentales del derecho como lo son la confianza legítima, la indivisibilidad de las normas y la sostenibilidad financiera.

Afirma que, se le resta valor probatorio al formulario de afiliación, y se pretende obligar a la AFP a presentar prueba diferente que no existe, a más que el formulario demuestra tanto la existencia como la validez del acto de afiliación, según lo establecido en el Decreto 692 de 1994 en su artículo 12. Añade que, no es correcto afirmar que el efecto de la ineficacia del traslado consista en retrotraer las cosas a su estado original, pues este es un efecto propio de las nulidades que, en los

términos de la Corte Suprema de Justicia, no se declara dentro de estos procesos; afirma que, ordenar la devolución de los gastos de administración no es coherente, pues por efectos de la nulidad estos nunca debieron estar en poder de la AFP, configurándose así un enriquecimiento sin causa a favor del demandante y afectando derechos de terceros, como es el caso de la aseguradora. En cuanto a la condena en costas, indica que esta desconoce el factor objetivo del artículo 365 del Código General del Proceso, al establecer que Porvenir debe asumir las costas por ser la que generó el traslado de régimen y no Colpensiones, recordando que la Corte Constitucional en sentencia C-157 de 2013 expresó que la condena en costas es el resultado de la derrota en el proceso y no pueden asumirse como una sanción; en ese sentido, las codemandadas deberán asumir también el pago de dicho emolumento.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la AFP Porvenir S.A. allegó sus alegaciones finales.

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 4º de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folio 30 del archivo 03

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

del expediente digital y frente a la cual, la entidad resolvió en forma negativa el 14 de diciembre de 2018 (fls. 60 a 62 archivo 06 del expediente digital).

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, 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 CRUZ ERNESTO QUIÑONES RINCÓN al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCIÓN 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.

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 digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, historia laboral consolidada emanada de Porvenir S.A. (fls. 21 a 28 archivo 03 y fls. 27 a 34 archivo 21), solicitud de nulidad de traslado elevada a Porvenir S.A. (fl.29 archivo 03), reclamación administrativa (fl. 30 archivo 03), documento de identidad del demandante (fls. 33 y 34 archivo 03), respuesta de Colpensiones (fls. 60 a 62 archivo 06), solicitud de vinculación a Davivir hoy Protección (fls. 32 a 33 archivo 20), formulario de afiliación a Porvenir S.A. (fl. 22 archivo 21), relación histórica de movimientos emanada de Porvenir S.A. (fls. 35 a 50 archivo 21), respuesta emanada de Porvenir (fls. 51 a 53 archivo 21), certificado de afiliación emanado de Porvenir (fl. 54 archivo 21), expediente administrativo emitido por Colpensiones (archivos 23 y 30), certificaciones laborales-tiempos públicos (archivos 35, 37, 38, 40, 45 y 49), e interrogatorio de parte rendido por el demandante (Archivo de audio 53).

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

> «*Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 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 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:

«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.° 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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.° 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.° 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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.° 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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible
Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.
Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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 evidencia que el demandante cotizó a Caprecundi del 5 de noviembre de 1982 al 29 de abril de 1987 (archivo 48); posteriormente, fue afiliado a Cajanal del 8 de enero de 1998 al 10 de junio de 1993 (archivo 35 del expediente digital); igualmente, efectuó aportes a la Caja de Previsión Social de Bogotá del 31 de enero de 1994 al 31 de agosto de 1995 (archivos 37 y 39 del expediente digital); después, se vinculó al Régimen de Ahorro Individual a través de la AFP Davivir, hoy Protección, el 23 de agosto de 1995, tal como se advierte en el formulario de afiliación a folio 32 archivo 20 del

expediente digital. Posteriormente, se vinculó al Régimen de Prima Media a través del otrora ISS desde el 26 de mayo de 1997 hasta el 31 de diciembre de 1997, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (Archivo 23 del expediente digital), sin embargo, los aportes devueltos por su condición de trasladado; finalmente, se afilió a la AFP Porvenir S.A. el 28 de junio de 2001 (fl. 22 archivo 21 del expediente digital), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado al subsistema de seguridad social en pensiones, como da cuenta la certificación adosada a folio 54 archivo 21 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 Protección S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 32 archivo 20 del expediente digital).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues este indicó que firmó el formato de afiliación a Protección toda vez que la funcionaria de la AFP llegó a la Personería de Bogotá en el año 1997, indicándole que debía trasladarse, porque el ISS se iba a acabar y posiblemente perdería sus aportes realizados, precisando que nunca lo capacitaron sobre las

consecuencias de su traslado. Indicó que no recuerda la afiliación efectuada a Davivir en el año 1995 (Audio 53 del expediente digital).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, pues pese a las imprecisiones de este en su interrogatorio en cuanto a la fecha del traslado y la entidad a la cual se trasladó, es claro que en su dicho no se advierte confesión alguna, 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 Davivir hoy 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 la profesión u oficio del demandante, ora 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 la sentenciadora de primer grado, contrario a lo afirmado por Colpensiones y Porvenir S.A., 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, teniendo entonces como única valida y que produce efectos jurídicos la vinculación al otrora Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones .

Lo anterior, porque a pesar que el actor se encontraba vinculado a la Caja de Previsión Social del Distrito a la fecha de su traslado al RAIS, lo cierto es que existe una imposibilidad en disponer un reintegro de los emolumentos a la mentada entidad por su extinción material y, en la medida que la conclusión de restitución de los valores a Colpensiones, dimana como una consecuencia ineludible por mandato del artículo 52 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 34 del Decreto 692 de 1994, al estatuir como único administrador del régimen solidario de prima media con prestación definida al Instituto de Seguro Social -ISS-, entidad que a su vez fue remplazada por la hoy demandada Colpensiones, pues las cajas, fondos o entidades de previsión social existentes al 31 de marzo de 1994 tienen esa función mientras subsistan, de conformidad con la normatividad *ejusdem*, circunstancia que no ocurre con la Caja de Previsión Social del Distrito, en tanto que esta se encuentra liquidada.

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 la demandada Porvenir S.A., argumentando que su descuento se encuentra sustentado en la ley, y su traslado implica un enriquecimiento sin justa causa a favor del actor.

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 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»

En tal virtud, no le asiste razón a la AFP apelante, 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 los valores que recibió a título de cuotas de administración y comisiones causadas, así como descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima, como así lo dispuso el *a quo.*

No obstante, conforme lo advirtió Colpensiones en su recurso de apelación, tal condena debe hacerse extensiva a la AFP Protección S.A.,

teniendo en cuenta que el actor estuvo afiliado a dicha entidad, como se encuentra debidamente probado en las diligencias.

Se aclara que, 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*, puesto que Porvenir S.A. no tiene interés para recurrir el reconocimiento de una condena en costas contra Colpensiones, al no ser el eventual beneficiario del derecho, a más que sobre este aspecto el accionante guardó silencio.

En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la 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: ADICIONAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 21 de junio de 2022 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada AFP **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a Colpensiones y

ésta a su vez a recibir por parte de ella, los descuentos realizados al actor mientras estuvo afiliado a dicha aseguradora, para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y sumas adicionales de la aseguradora de manera íntegra e indexada, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

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

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio de la Ley 2213 de 2022.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

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. y a Colpensiones en la suma de $600.000, para cada una.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ANGÉLICA JOHANNA VILLAMARÍN GERMÁN** CONTRA **ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS S.A. ESIMED S.A.**(Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto del año dos mil veintidós (2022), 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 en la Ley 2213 de 2022[1]*;* 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,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **ANGÉLICA JOHANNA VILLAMARÍN GERMÁN** (Q.E.P.D), por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda

---

[1] «***ARTÍCULO 13. 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».*

ordinaria laboral contra **ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS S.A. ESIMED S.A.**, pretendiendo se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 5 de septiembre de 2016 al 2 de enero de 2018. En consecuencia, solicita el reconocimiento y pago de las sumas correspondientes por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios causadas en el año 2017, indemnización moratoria, aportes al sistema de seguridad social en pensiones, costas y agencias en derecho. (fls. 3 a 4 archivo 003 del expediente digital).

Fundamenta su *petitum* en los supuestos de facto relatados a folios 4 a 5 archivo 003 del expediente digital, que en síntesis advierten que, celebró contrato de trabajo a término indefinido con la demandada, para desempeñar el cargo de Médico General, el cual se ejecutó del 5 de septiembre de 2016 al 2 de enero de 2018, en el horario de 8 horas diarias y 48 horas semanales, devengando un salario equivalente a $3.672.000. Indica que el 1º de enero de 2018 renunció de manera voluntaria al cargo; además, el 6 de junio de símil año elevó derecho de petición ante la empleadora persiguiendo el reconocimiento y pago de su liquidación, sin embargo, nunca recibió respuesta. Concluye indicando que durante la vigencia del nexo contractual no disfrutó de sus vacaciones y que a la fecha la encartada le adeuda las cesantías, los intereses a las cesantías, las vacaciones y las primas de servicios de junio y diciembre de 2017.

CONTESTACIÓN: La demandada **ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS S.A. ESIMED S.A.** contestó el *libelo introductor* a través de *curador ad litem*, oponiéndose a las pretensiones formuladas por la parte activa, bajo el sustento que se atiene a lo que se demuestre en el proceso. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados prescripción y la genérica (Archivo 024 del expediente digital).

Mediante auto del 30 de agosto de 2021, el Juzgado de Conocimiento tuvo como sucesora procesal de la demandante Angélica Johana Villamarín Germán (q.e.p.d), a la señora Delia Yolanda Germán Becerra, en calidad de madre (Archivo 029 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 14 de julio de 2022, resolvió **declarar** que entre la demandante y la sociedad convocada existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 5 de septiembre de 2016 y el 2 de enero de 2018; **condenar** a la demandada a reconocer a la sucesora procesal de la demandante la suma de $4.875.867 por concepto de cesantías, $776.888 por intereses a las cesantías, $4.875.867 por primas de servicios, $2.437.933 por vacaciones; **condenar** a la demandada a pagar a favor de la demandante el valor del cálculo actuarial por los aportes al sistema de seguridad social integral del 5 de septiembre de 2016 al 2 de enero de 2018 por medio de la administradora de fondos de pensiones a la cual se encontraba afiliada la activa o a la que determine la sucesora, teniendo en cuenta para el efecto, el IBC de $3.672.200; **condenar** a la demandada a reconocer y pagar a la sucesora procesal el valor de la indemnización moratoria equivalente a $88.133.040 causada del 3 de enero de 2018 al 2 de enero de 2020, así como los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, que se lleguen a causar a partir del mes 25 y hasta que se verifique el pago; **ordenar** a la demandada que sobre los conceptos de vacaciones e intereses a las cesantías, los mismos sean indexados al momento de su pago; **declarar** no probadas las excepciones propuestas; condenar en costas a la demandada (Archivo de audio carpeta 033 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el *A quo* que se encuentra demostrada la relación laboral alegada, puesto que la parte activa allegó copia del contrato de trabajo a término indefinido, la cual tiene el mismo valor probatorio que el original, conforme a las voces del artículo 246 del Código General del Proceso. Añade que, dicha documental acredita el extremo inicial del vínculo, que lo fue el 2 de septiembre de 2016, además, la convocante allegó carta de renuncia a partir del 2 de enero de 2018, por manera que con ella también se advierte acreditado el extremo final. Indica que si bien la convocada se encuentra representada por *curador ad litem*, en todo caso, no obran medios de convicción que permitan advertir que a la actora le fueron reconocidas y pagadas las acreencias laborales que reclama, ni siquiera a la finalización del contrato de trabajo, por lo que es procedente acceder a las mismas, máxime que la demandada no compareció al proceso, conducta que constituye un indicio grave en su contra; debiendo incluir los aportes a seguridad social a través de la figura del cálculo actuarial, en tanto no obra prueba de su pago y tampoco de la afiliación de la trabajadora. Concluye que debe fulminarse condena a título de indemnización moratoria, puesto que, pese a que la demandante solicitó el reconocimiento de los emolumentos debidos, no se demuestra su pago, ni tampoco una respuesta indicativa de una imposibilidad en su cancelación, lo cual denota el actuar de mala fe la parte pasiva.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS S.A. ESIMED S.A. actuando a través de *curador ad litem*** interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación aduciendo como motivos de disidencia, que *«En mi condición de curador ad litem me veo obligado a presentar un recurso de apelación, el cual sustento en los siguientes términos: Primero, frente a las condenas solicito que revoque todas y cada una de ellas, al considerar que las mismas no consultan las pruebas aportadas por la parte actora, adicionalmente, la sanción moratoria evidentemente no hay mala fe, aquí hay un problema de que la empresa no existe, consultados los certificados*

se indica que la misma está en proceso de liquidación desde hace ya varios años, sin poder establecer si la misma ya ha sido liquidada. Frente al tema de costas no hubo oposición, no hubo absolutamente nada y por tal motivo desde ya, solicito que revoquen las mismas, en los anteriores términos dejo sustentado el recurso de apelación».

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, ambas partes presentaron alegaciones de instancia.

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* las excepciones del *contestatario,* las manifestaciones esbozadas por la Juez de Conocimiento y el recurso de apelación propuesto por la parte accionada, 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 de la alzada[2], el determinar si procede la condena por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, aportes a seguridad social en pensiones, indemnización moratoria y costas del proceso; lo anterior, en el entendido que la parte demandada no recurre la decisión de instancia respecto a la declaración de existencia de relación laboral, como así se extrae de la literalidad de su recurso de apelación.

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

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues fue así declarado por el Juzgado de Conocimiento; lo que se constata igualmente de los medios de convicción obrantes en el plenario, analizados bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT, en especial, copia de contrato de trabajo a término indefinido (fls. 8 a 12 archivo 003), carta de renuncia radicada por la actora ante la encartada (fl. 13 archivo 003), derecho de petición formulado por la demandante (fls. 14 a 15 archivo 003), y copia de la cédula de ciudadanía (fl. 16 archivo 003); probanzas de las cuales se colige, que bajo el marco de un contrato a término indefinido, ANGÉLICA JOHANA VILLAMARÍN GERMÁN (q.e.p.d) laboró al servicio de la demandada ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS S.A. ESIMED S.A., desempeñando el cargo de Médico General por el interregno comprendido entre el 5 de septiembre de 2016 al 2 de enero de 2018, percibiendo como asignación mensual la suma de $3.672.200, el cual terminó por renuncia de la trabajadora, conforme emana de las documentales militantes a folios 8 a 12 archivo 003 del expediente digital. Supuestos facticos respecto de los cuales no existe controversia en esta segunda instancia, ante la ausencia de reparo por las partes en el recurso de apelación.

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

PRESTACIONES SOCIALES, VACACIONES Y APORTES AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES

Se duele la parte demandada a través de su *curador ad litem,* de las condenas impuestas por el Juzgado de Conocimiento, al considerar que son improcedentes conforme a las pruebas allegadas al paginario.

Sobre el particular, ha de rememorar la Sala de Decisión que conforme a los lineamientos del art. 167 del C.G.P, aplicable por analogía a los procesos de índole laboral, incumbe al ex trabajador demandante, demostrar la prestación del servicio humano, los extremos laborales de la prestación del servicio, el cargo desempeñado, el salario devengado, la parte y la causal que dio lugar a la terminación el mismo y, a la demandada – empleador, le corresponde probar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales en el desarrollo del vínculo laboral

En el presente caso, ha de decirse que desde el escrito inicial, la demandante puso de presente que la sociedad convocada adeuda a su favor las cesantías, los intereses a las cesantías y las primas correspondientes al año 2017.

De suerte que, ante tales planteamientos, competía a la llamada a la acción, demostrar que contrario a lo aducido por la activa, sí procedió a reconocer y pagar los derechos laborales que emanaron del vínculo laboral que las unió, conforme a los términos de la normatividad *ejusdem,* pues la misma señala que las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba, por tanto, al ser estas planteadas por la convocante, se trasladó la carga demostrativa al dador del laborío para derruir el incumplimiento alegado.

Bajo ese entendido, al revisar las pruebas adosadas en el *paginario* no se advierte ningún medio de convicción que permita constatar el pago de las acreencias en debate, esto es, las prestaciones sociales, las vacaciones y los aportes a seguridad social reclamados, siendo importante acotar que respecto de esta última obligación ni siquiera se tiene certeza de si la empleadora procedió a afiliar a la trabajadora demandante al Sistema de Seguridad Social; no encontrando la Sala explicación sobre el reproche que la parte recurrente formula respecto de las condenas impuestas por dichos conceptos, dado que en puridad

de verdad, no existe ninguna prueba de su pago por parte de la sociedad convocada.

INDEMNIZACIÓN 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»*

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; el particular lo adujo en proveído SL

16884-2016 Rad. 40272 de 16 de noviembre de 2016. 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 **ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS S.A. ESIMED S.A.** a la data de terminación del contrato, no se ajusta a los parámetros eximentes de la indemnización moratoria, y que en síntesis, son aquellos que buscan dilucidar actuaciones de buena fe en el proceder del patrono, al resultar evidente que las actividades contratadas se enmarcaron por las partes en las propias de un nexo laboral, pues así fue claramente pactado por ellas, y aun así la convocada, se abstuvo de reconocer las acreencias laborales debidas a la trabajadora a la fecha del finiquito laboral, omisión que no se encuentra justificada en el presente caso por la encartada, quien pese

a ser requerida debidamente en EL proceso para su notificación, no compareció, y es por ello que se encuentra representada por *curador ad litem*, a quien tampoco le asiste razón sobre la inexistencia de la sociedad demandada, en virtud de un proceso de liquidación, en la medida que tal afirmación no encuentra ningún respaldo en la pruebas allegadas a las diligencias que se circunscriben todas, a medios de convicción documental.

Antes bien, revisado el certificado de existencia y representación legal de ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS S.A. ESIMED S.A., fluye otra realidad procesal, como quiera que en tal documental no se informa de ninguna manera una liquidación de la entidad; por el contrario, se avizora que su matrícula fue renovada el 23 de marzo de 2018, y no se halla disuelta, como así se indica expresamente en el certificado visible a folios 17 a 30 archivo 003 del expediente digital.

Dimanando entonces en la necesaria confirmación de la condena impuesta a título de indemnización moratoria, como quiera que no se aduce ni se demuestra por la parte empleadora razones que justifiquen su omisión en el pago de las prestaciones sociales generadas a favor de la accionante; ello en los términos dispuestos por el Juzgado de Conocimiento, al no encontrarse debatidos los extremos y valores por este definidos.

COSTAS

La demandada en la alzada presenta inconformidad en lo referente a la imposición en su contra de costas procesales. 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 acertó al imponer condena en costas a cargo la parte accionada, de acuerdo a lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que ordena que la parte vencida debe ser condenada en costas.

Motivo por el cual se confirmará la decisión proferida en primera instancia. En esta segunda instancia costas a cargo de ESIMED S.A.

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 condenatoria proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 14 de julio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **ANGÉLICA JOHANNA VILLAMARÍN GERMÁN** (q.e.p.d.) contra **ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS S.A. ESIMED**, de conformidad 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 demandada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 de la Ley 2213 de 2022.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandada en $600.000.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS