



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JOSÉ RICARDO PANTOJA CASTIBLANCO** CONTRA LA **NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, LA SOCIEDAD INVERSIONES LA CANADÁ LTDA Y EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los catorce (14) días del mes de diciembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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



A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz** identificada con cedula de ciudadanía No. 31.486.436 y tarjeta profesional 3030924 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. María Juliana Mejía Giraldo.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor JOSÉ RICARDO PANTOJA CASTIBLANCO quien actúa por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, para que previo el trámite procesal correspondiente se declare que Colpensiones debe reconocer el periodo en mora reportado en la historia laboral para el interregno de 1° de agosto de 1996 al 30 de septiembre de 1999; que le asiste derecho a que se le reconozca y pague el bono tipo A por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público con destino a la AFP Protección, fondo al cual se encuentra afiliado; en consecuencia, solicita se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones a reconocer, incluir y contabilizar las semanas en mora que dejó de cotizar el empleador Inversiones la Canadá Ltda., en el interregno antes citado;; condenar a la Cartera a cancelar y pagar el bono tipo A, a favor de la AFP Protección S.A., teniendo en cuenta para tal efecto el total de 309-



57 semanas; condenar a Protección S.A., al pago del valor del bono tipo A, a favor suya, junto con los intereses de que trata el Decreto 1299 de 1994; lo que resulte probado *ultra y extra petita*, así como las costas y agencias en derecho. (fl. 4 y 5).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 y 3 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 7 de enero de 1952; que mediante oficio de febrero de 2013, la AFP Protección le reconoció y pagó la devolución del capital acumulado en su cuenta individual; que en dicho reconocimiento no se tuvo en cuenta el valor del bono tipo A, correspondiente a los tiempos cotizados a Colpensiones; que en la historia laboral que emite Colpensiones se registran 146.86 semanas; que en el mismo documento histórico se registran un total de 162.71 semanas en mora para con el empleador Inversiones la Canadá Ltda., en el periodo de 1° de agosto de 1996 al 30 de septiembre de 1999; que Colpensiones no ha iniciado acciones jurisdiccionales de cobro ante el empleador ya referido; que el 15 de julio de 2015, solicitó la validación de tiempos en mora ante la demandada Colpensiones, sin que la Entidad se haya manifestado; que el 7 de julio de 2015, petitionó a Protección S.A., la cancelación del bono tipo A, junto con los intereses remuneratorios y moratorios, solicitud que fue resuelta de forma negativa; que el mismo 7 de julio de 2015, elevó petición ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en procura de la emisión del bono tipo A, dirigido a Protección S.A., la que igualmente fue negada.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, al descorrer el traslado de la demanda se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en el libelo introductor, al considerar, en esencia, que la indemnización sustitutiva se cancela teniendo



únicamente las semanas cotizadas y no por los tiempos laborados, en tanto cada caja o cada fondo pensional no puede devolver lo que no ha recibido. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó, falta de integración del Litis consorte necesario, inexistencia del derecho y de la obligación en cabeza de Colpensiones y/o falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe – principio de legalidad, prescripción y la innominada o genérica. (fl. 47 a 56).

A su turno, la accionada **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar que le asistiría derecho al demandante frente a la emisión del bono tipo A, sino fuera que para ello debió acreditar una densidad de semanas de cotización de mínimo 150ª fecha de corte de 1º de marzo de 1999, supuesto de facto que no acaece en el sub lite, pues el actor no cuenta con el mínimo de semanas requeridas para la emisión del bono pretendido. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó ausencia de responsabilidad del emisor – la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito público, buena fe y la genérica. (fl. 60 a 65).

Por su parte, la sociedad accionada **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, al contestar el escrito demandatorio formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, al considerar que, de asistirle derecho al demandante frente a la emisión del bono pensional, la emisión corresponde al fondo de pensiones al cual se encontraba afiliado el actor al momento de entrar al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. **Excepciones:** Formulo los medios exceptivos de fondo que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, prescripción y la genérica. (fl. 100 a 105).



Entre tanto, la vinculada **INVERSIONES LA CANADÁ LTDA**, quien actuó por intermedio de Curador *Ad Litem*, al descorrer el traslado de la demanda, se sujetó a lo que resultara probado al interior del proceso.

Excepciones: Formuló como medios exceptivos de defensa los que denominó falta de causa o título, inexistencia de las obligaciones carencia absoluta de la acción, prescripción, compensación y la genérica. (fl. 144 a 150 y 152 a 155).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 29 de octubre de 2020, resolvió **condenar** a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, reconocer, pagar e incluir en la historia laboral del demandante las cotizaciones adeudadas por los periodos en mora comprendidos entre el 1° de agosto de 1996 al 31 de diciembre de 1998, ello sin perjuicio de las acciones que pueda adelantar contra la sociedad Inversiones la Canadá Ltda; **declarar** probados los medios exceptivos denominados ausencia de responsabilidad del emisor y cobro de lo no debido, propuestos por las accionadas Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la AFP Protección S,A; **negar** las demás pretensiones de la demanda; **condenar** en costas a Colpensiones. (Cd. Fl. 174).

Lo anterior por considerar el *a quo* acogiendo el criterio decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, se ha establecido el deber, en cabeza de las Administradoras de Fondos de Pensiones, de reconocer y pagar los aportes que se encuentren en mora junto con los respectivos intereses ante la tardanza de su pago, siempre, claro está, que no haya adelantado el correspondiente trámite administrativo de cobro, lo anterior, sin perjuicio de las acciones que pueda adelantar posteriormente frente al empleador



moroso; así como quiera que no se acreditó gestión alguna adelantada por Colpensiones tendiente a normalizar la mora en el empleador, será aquella entidad, la llamada a asumir el pago y reconocimiento de los ciclos no cotizados anteriores al traslado de régimen pensional del actor.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante **JOSÉ RICARDO PANTOJA CASTIBLANCO**, censuró parcialmente la anterior decisión, al considerar que no resulta procedente la absolución de la Cartera accionada, en lo que atañe a ordenársele reconocer, emitir y pagar, con destino a la AFP Protección S.A., el bono pensional tipo A que se reclama con el escrito de demanda, ello por cuanto si se impartió orden en contra de Colpensiones en torno al reconocimiento de las semanas en mora, se cumple con los requisitos exigidos por la norma a efectos de la emisión del bono pensional; del mismo modo, solicita la revocatoria del numeral segundo de la sentencia recurrida, para en su lugar, se imparta condena en contra de Protección S.A., a efectos que una vez reciba los dineros provenientes del bono pensional, proceda a efectuar la devolución de saldos obrante en su cuenta de ahorro individual.

A su turno, la encartada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, censuró la decisión adoptada por el sentenciador de primera instancia, al considerar, que es evidente que en la decisión tomada por el juez se desconoció las previsiones del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003, en el que se expresa claramente la obligatoriedad de las cotizaciones, lo que se acompasa con lo previsto en el artículo 22 de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

norma en comento, en la que se dispuso las obligaciones para los empleadores. Es así, que no le cabe responsabilidad alguna a Colpensiones en torno al reconocimiento de las cotizaciones que no efectuó en su momento el empleador, pues tal situación afectaría el erario de la entidad pensional. lo correspondiente en estos eventos, es que el empleador concorra con el pago del cálculo actuarial, y así asumir tal obligación. Subsidiariamente, peticona la supresión de condena en torno a los intereses moratorios.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Este extremo guardó silencio.

Parte demandada: La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones peticona la absolución de la Entidad frente a las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar, en esencia, que Colpensiones carece de legitimidad en la causa por pasiva para dar respuesta a las mismas, luego no podría oponerse o allanarse a lo solicitado, toda vez que lo pretendido se dirige única y exclusivamente contra la Administradora de Fondo de Pensiones Protección y contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, razón por la cual, serán dichas entidades las encargadas eventualmente de responder. No obstante, lo anterior, sería del caso aclarar que para que Colpensiones emita un bono pensional, se tiene que la competente para realizar la emisión de bonos pensionales tipo A, es la Nación por medio de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

A su turno, la sociedad Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., petitionó la confirmación de la sentencia de primera instancia con base los argumentos que expuso en los alegatos de conclusión y las consideraciones esbozadas por el *a quo*.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folios 16 a 19 del informativo.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por la parte demandante y demandada Colpensiones en los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la Entidad pensional demandada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, si le asiste



derecho al demandante a que Colpensiones reconozca, pague e incluya los periodos dejados de cotizar por el empleador Inversiones la Canadá Ltda., para el interregno de 1° de agosto de 1996 al 31 de diciembre de 1998; así como a que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público emita el correspondiente bono pensional tipo A, a favor de la AFP Protección S.A., y esta a su vez, reconozca y pague la devolución de saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Una vez verificado lo precedente, determinar si le asiste derecho a la condena por concepto de intereses moratorios ante la tardanza en el pago de las prestaciones económicas a que tiene derecho.

DE LA MORA EN EL PAGO DE APORTES

Afirma la parte demandante que en su historia laboral se registran periodos en mora en cabeza del empleador Inversiones la Canadá Ltda., para el interregno de 1° de agosto de 1996 al 30 de septiembre de 1999, tiempos respecto de los cuales la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones no le ha tenido en cuenta y sobre los que no se ha ejercido acción de cobro alguno por parte de la Entidad pensional.

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



pensional, será éste quien entrará a responsabilizarse por las cotizaciones no canceladas oportunamente.

Frente a esta situación, esto es, la mora en el pago de aportes a la seguridad social en pensión, la jurisprudencia emanada de la Corporación de cierre en materia laboral ha dispuesto, de forma reiterativa, que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago de dicho aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva Entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro.

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

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



Al descender al caso puesto a escrutinio de la Sala, se tiene, que el demandante alude la falta de cotizaciones por parte del empleador a quien le prestó su fuerza de trabajo, sin hacer claridad en torno a que contratantes y mucho menos cuales periodos, pese a ello, obra en el plenario historia laboral emitida por la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, de la que se extrae que el demandante presenta cotizaciones a favor suya por parte del empleador Inversiones Canadá Ltda., con identificación de aportante 800133493, a partir del 3 de diciembre de 1993 hasta el 30 de septiembre de 1999, siendo el último aporte efectuado por el empleador el realizado 30 de junio de 1996, sin que más allá de ello, se registre aportes a la seguridad social en pensión y mucho menos novedad de retiro, aspectos que se pueden constatar de la documental que reposa a folios 14 y 15 del informativo.

En tal virtud, y en aplicación a las reglas de la sana critica prevista en el artículo 173 del C.G.P., norma aplicable por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., y los artículos 60 y 61 del Compendio Adjetivo Laboral, es que, para ésta Sala, se logró acreditar por parte del promotor del juicio la existencia de una mora patronal por parte del empleador Inversiones Canadá Ltda., pues de la prueba antes referida, diáfano resulta concluir que en efecto el demandante prestó sus servicios para dicha sociedad, y sin que medie novedad de retiro o afiliación alguna por parte de otro empleador, es que se entiende continua la prestación del servicio por parte del promotor del juicio para con la sociedad demandada, emergiendo así la obligación de aquella en realizar los respectivos aportes al sistema pensional, y en cabeza del fondo pensional, la de cobrar los periodos que registren mora por parte del empleador.



Al respecto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL 2652 de 1° de julio de 2020, al estudiar la continuidad laboral en casos de mora patronal moduló que *«Para la Sala, contrario a las suposiciones de la censura, del conjunto de la información vertida en el expediente, desde el punto de vista fáctico, bien podía el Tribunal inferir razonablemente que la relación laboral sostenida por el fallecido con Rapimontajes Eléctricos S.A., en el curso de la cual se efectuó la vinculación al sistema de pensiones con Porvenir (fol. 18), había mantenido su continuidad incluso después de marzo de 2006, pues no había elementos de juicio suficientes que dieran cuenta de su terminación o de la celebración de un nuevo contrato con otro empleador, ni mucho menos de que se hubiera reportado la novedad de retiro ante el sistema»*.

Es así, que al no evidenciarse prueba alguna que permita inferir la interrupción del vínculo laboral que ató al señor José Ricardo Pantoja Castiblanco con el empleador Inversiones Canadá Ltda., para el interregno de 3 de diciembre de 1996 al 30 de septiembre de 1999, es que resulta patente la incursión en la mora por parte de la sociedad contratante, lo que en principio la obligaría a asumir el pago del cálculo actuarial que para el efecto realiza el Fondo de Pensiones al cual se encuentra afiliado el trabajador, sin embargo, al no obrar prueba en el expediente que permita establecer las acciones de cobro que haya adelantado Colpensiones frente a la sociedad empleadora, es que emana la responsabilidad de esta última en torno al cubrimiento de los ciclos reportados y no cotizados, tal como se expuso en líneas anteriores. En tal virtud, no existe reproche alguno frente a la determinación a la que arribó el sentenciador de primer grado sobre este aspecto y así se confirmará lo resuelto en primera instancia en este punto.

De otro lado, en lo que atañe a los periodos que debe asumir reconocer y contabilizar Colpensiones, a efectos de reportar la información al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el propósito que la



Cartera elabore y liquide el bono pensional, se tiene que el demandante estuvo vinculado con Colpensiones desde el 3 de diciembre de 1993 hasta el 2 de enero de 1999, fecha en la que se trasladó de régimen pensional para de este modo vincularse a la AFP Protección S.A., tal como se desprende del reporte Siafp emitido por Asofondos y que reposa a folio 121 de las diligencias, así como de la historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 19 y 20), por lo que la responsabilidad de Colpensiones en adelantar cobros coactivos se limitó hasta el 1° de enero de 1999, sin embargo, y al no haberse ejercido oposición por parte del demandante frente a la fecha declarada en primera instancia, es que se tendrá, tal como lo expuso el *a quo*, que Colpensiones deberá responder por los periodos no cotizados por el empleador Inversiones Canadá Ltda., en el interregno de 1° de agosto de 1996 al 31 de diciembre de 1998. Razón suficiente para confirmar la sentencia en este aspecto.

DE LA EMISIÓN DEL BONO PENSIONAL Y EL RECONOCIMIENTO DE LA DEVOLUCIÓN DE SALDOS

Peticiona el demandante la condena en contra del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en torno a la emisión del bono pensional tipo A, y su correspondiente traslado al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., fondo del cual pretende el reconocimiento de la devolución de saldos obrante en la cuenta de ahorro individual.

Sobre el particular, debe señalarse que el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, dispuso que:

«Los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.»



Tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público;

b) Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos;

c) Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones;

d) Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieran a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.

PARÁGRAFO. Los afiliados de que trata el literal a) del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono». Subrayado fuera de texto).

Así las cosas, se tiene que los bonos pensionales constituyen capitales destinados a conformar el haber necesario para financiar las pensiones de aquellos usuarios que se encuentren afiliados tanto al régimen de prima media con prestación definida, como al régimen de ahorro individual con solidaridad, razón por la cual, se han constituido 5 clases de bonos pensionales, a saber, tipo A, B, T, C y E, para el caso que nos ocupa, la Sala centrará el estudio de los bonos tipo A.

De este modo, los bonos tipo A, son aquellos que se emiten cuando el afiliado se traslada del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, responsabilizándose la Nación de aquellos aportes efectuados al ISS con anterioridad al 31 de marzo de 1994 y con posterioridad a dicha data, es responsabilidad de la entidad que administra el régimen de prima media su reconocimiento.

Para efectos de la emisión de dichos bonos, será las entidades obligadas a liquidar, emitir y expedir el bono pensional, la Nación, Colpensiones y los empleadores públicos y privados que reconocían y pagaban sus propias pensiones. De tal suerte que, para el caso puesto a escrutinio



de la Sala, como quiera que el demandante cotizó tiempos privados a Colpensiones desde el 3 de diciembre de 1993 al 31 de diciembre de 1998, cumpliendo así los requisitos plasmados en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público la entidad encargada de emitir dicho haber pensional.

En tal virtud, razón le asiste al demandante al censurar la absolución de la demandada Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en torno a las pretensiones encaminadas a la emisión del bono pensional pretendido, razón por la que se revocará y adicionará la sentencia apelada en este aspecto, para en su lugar, declara no probado los medios exceptos propuestos por la Cartera, y en consecuencia, condenar al Ente Ministerial a emitir y trasladar el bono pensional tipo A del demandante a favor del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., AFP a la cual se encuentra vinculado el actor, ello claro está, una vez Colpensiones, sufrague y actualice los periodos en mora que registra la historia laboral del señor Pantoja Castiblanco.

Ahora bien, en lo que atañe al reconocimiento de la devolución de saldos a favor del demandante por parte del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., debe decirse que el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, dispone que *«Quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho»*.

De tal suerte que como quiera que el accionante nació el 7 de enero de 1952, tal como se advierte de la cédula de ciudadanía vista a folio 12 del expediente, cumpliendo la edad de 62 años el mismo día y mes del año 2012, y que no cuenta con la densidad de capital requerido para



acceder a la pensión de vejez, es que surge patente el reconocimiento de la devolución de saldos, como bien lo hizo la AFP en su respectivo momento. Pese a ello, y como quiera que en dicha oportunidad se le reconoció la devolución de saldos al demandante sin tenérsele en cuenta los ciclos en mora aquí debatidos, es que surge patente la condena por este concepto; en tal sentido, se revocará la sentencia recurrida en este aspecto, para en su lugar, condenar a la AFP Protección S.A., a reconocer al demandante la devolución de saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor, ello una vez el Ministerio de Hacienda Crédito Público emita y transfiera el bono pensional tipo A, a que haya lugar.

Por último, en lo que atañe a la petición subsidiaria de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, tendiente a la exoneración de los intereses moratorios, debe decirse, que al no haberse condenado en primera instancia sobre este aspecto y no ser objeto de apelación, no hay lugar a pronunciamiento alguno frente a este aspecto.

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, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Primero (1°) Laboral del Circuito de esta ciudad, el 29 de octubre de 2020, dentro del proceso promovido por **JOSÉ RICARDO PANTOJA CASTIBLANCO** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la sociedad **INVERSIONES LA CANADÁ LTDA** y el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, para en su lugar, **DECLARAR** no probados los medios exceptivos formulados por las demandadas Protección S.A., y Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral quinto a la sentencia apelada, en el entendido, de **CONDENAR** a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público a emitir el bono pensional tipo A, a que tiene derecho el demandante, y trasladar aquel, a favor del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., AFP a la cual se encuentra vinculado el actor, ello claro está, una vez Colpensiones sufrague y actualice los periodos en mora que registra la historia laboral del señor Pantoja Castiblanco.

TERCERO: ADICIONAR el numeral sexto de la sentencia de la referencia, para en su lugar, **CONDENAR** al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a reconocer y pagar al demandante la devolución de saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor, ello una vez el Ministerio de Hacienda Crédito Público emita y transfiera el bono pensional tipo A, a que haya lugar, lo anterior conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

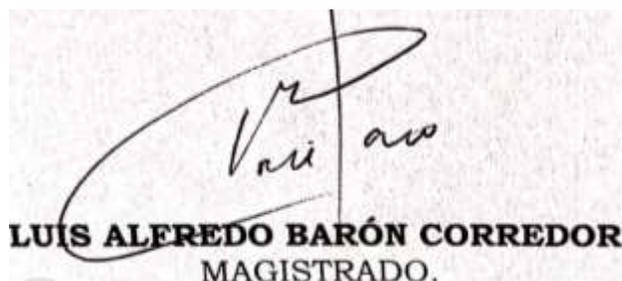
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

QUINTO: 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, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000.

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



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARÍA DEL ROSARIO MANRIQUE DE MANRIQUE** CONTRA EL **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES -FONCEP**, LA **ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ - UNIDAD ADMINISTRATIVA DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los catorce (14) días del mes de diciembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: La señora **MARÍA DEL ROSARIO MANRIQUE DE MANRIQUE** a través de apoderado judicial, pretende se ordene a Foncep a reconocerle y pagarle la pensión vitalicia de jubilación que le hubiese correspondido a su esposo José Ángel Manrique Hernández a partir del 18 de febrero de 1993, fecha en que acaeció el deceso del señor Manrique Hernández; a reconocer y pagar la primera mesada pensional de forma indexada; al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Subsidiariamente persigue, el reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación prevista en la Ley 171 de 1961, en consonancia con la Ley 12 de 1975, a partir del 18 de febrero de 1993, junto con las mesadas adicionales y la indexación de las sumas reconocidas. (fl. 5, 202 y 203).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 a 5 del expediente digital, en los que en síntesis advierte que el señor José Ángel Manrique Hernández nació el 11 de noviembre de 1942; que aquel laboró al servicio de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital desde el 15 de marzo de 1973 al 17 de febrero de 1993, en el cargo de latonero; que el causante efectuó cotizaciones a la Caja de Previsión Social del Distrito en una densidad de 7.275; que su vínculo laboral del señor Manrique Hernández se dio por terminado el 17 de febrero de 1993, en razón a su deceso; que contrajo nupcias con el *de cuius* el 6 de marzo de 1965 y convivió con él hasta la fecha del deceso; que mediante Resolución 401 de 1995, la Caja de Previsión Social del Distrito le reconoció y pagó el seguro de muerte en calidad de cónyuge supérstite, junto a su hijo menor de edad; que el 27 de febrero de 2013, radicó ante Foncep petición de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en atención al tiempo efectivamente laborado por el fallecido afiliado, solicitud que le fue negada por la entidad; que el 21 de mayo de 2014, radicó ante la Unidad Administrativa Especial de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Rehabilitación y Mantenimiento Vial solicitud de reconocimiento prestacional de sobrevivientes, misma que fue despachada desfavorablemente; que presentó acción de tutela tendiente al reconocimiento de la prestación pensional, la que fue negada.

CONTESTACIÓN: El demandado **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES -FONCEP**, al ejercer el derecho de contradicción y defensa se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que en atención a la fecha de deceso del causante, la norma llamada a gobernar la materia es la Ley 12 de 1975, y de aplicarse el principio de la condición más beneficiosa sería la Ley 33 de 1985, sin que se cumplan los requisitos allí dispuestos para el reconocimiento de la prestación pensional deprecada. **Excepciones:** Formuló las que denominó inexistencia de la obligación demandada, prescripción de mesadas pensionales y la genérica. (fl. 208 a 212 y 253 a 256).

A su turno, la demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL**, al descorrer el traslado de la demanda, presentó oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en el *libelo* introductor, al considerar, en esencia, que en el presente asunto surge una falta de legitimación en la causa por pasiva por parte de la entidad, pues la llamada a reconocer las prestaciones que se derivan del derecho pensional es Foncep, tal como lo establece la legislación que regula la materia. **Excepciones:** Formuló los medios exceptivos que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, prescripción y la genérica. (fl. 218 a 223).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 27 de octubre de 2020, resolvió **declarar** la existencia del derecho pensional de sobreviviente a favor de la demandante; **declarar** probada la excepción de prescripción de manera parcial respecto de las mesadas causada con anterioridad del 7 de abril de 2014; **condenar** a Foncep a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de la accionante a partir del 7 de abril de 2014, junto con las mesadas adicionales, los reajustes legales, sumas que deberán ser indexadas; **absolver** a Foncep de las demás pretensiones de la demanda; **condenar** en costas a la encartada. (Cd. Fl. 264).

Lo anterior por considerar el *a quo*, que en el presente asunto, no se puede desconocer que las Leyes 12 de 1975 y 33 de 1985, previeron como requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes la edad de 55 años y haber prestado 20 años de servicios, supuestos que se acreditaron con la documental obrante en el plenario, pues si bien el *de cujus* falleció sin cumplir la edad, también es cierto, que acreditó el tiempo de servicios requerido, del mismo modo se probó la condición beneficiaria de la demandante en torno a la sustitución pensional del causante, supuestos de facto que conducen al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes estudiada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo*, la parte demandada **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP**, interpuso recurso de apelación, en el que esgrime, como motivos de disidencia, que difiere frente a la interpretación que se hace a las pruebas aportadas al informativo, pues se allegaron varias certificaciones emitidas por la Secretaría de Mantenimiento Vial, en la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que se anexan los formatos 1, 2 y 3 emanados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de los que se desprende que la vinculación del fallecido afiliado se dio el 15 de marzo de 1973 al 18 de febrero de 1993, lo que acredita un total de 19 años y 11 meses, es decir, no se cumplió con el requisito de tiempo laborado.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Este extremo guardó silencio.

Parte demandada: El Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones –FONCEP solicita la revocatoria de la sentencia apelada, al considerar, en esencia, que para el presente caso y conforme a las pruebas recaudadas se puede inferir sin mayor esfuerzo que las mismas no fueron apreciadas y valoradas de forma adecuada, puesto que se dio por cierto sin serlo, que el causante cumplió con la cotización o aportes de más de veinte (20) años de servicios con entidades públicas, en los términos de la Ley 33 de 1985, para hacerse beneficiario de la prestación pensional de vejez, aspecto que contradice lo dispuesto en los formatos 1, 2 y 3 allegados con la contestación de la demanda, en la que se advierte que el *de cujus* prestó sus servicios por un tiempo no mayor a 19 años, 11 meses y 3 días, no cumpliendo con el tiempo que exige la norma para hacerse beneficiario de la prestación pensional que se reclama.

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



CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de la documental que milita a folios 36 a 40 del informativo.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, el recurso de alzada, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Focep, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, establecer si el señor José Ángel Manrique Hernández (q.e.p.d.), dejó causado el derecho a la pensión de jubilación.

De resultar afirmativa la anterior premisa, determinar si la señora María Del Rosario Manrique de Manrique, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en condición de cónyuge supérstite del causante, junto con las consecuenciales condenas que derivan de ello.

PENSION DE SOBREVIVIENTES

Con miras a resolver la Litis planteada, esta Sala de Decisión analiza el acervo probatorio legalmente recaudado en el plenario de conformidad con el artículo 60 y 61 del C.P.L. y de la S.S., en especial, registro civil de defunción (fl. 14); registro civil de matrimonio (fl. 15); acta de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

matrimonio (fl. 16); certificación para trámites de pensión emitida por la Secretaría de Obras Públicas (fl. 18); respuesta a derecho de petición emitido por la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial (fl. 19); formatos 1, 2 y 3 emitidos por la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial (fl. 20 a 32); Resolución 401 de 1995 emitida por la Caja de Previsión Social de Santa Fe de Bogotá (fl. 33 y 34); declaración extra proceso (fl. 35); reclamación administrativa elevada ante Foncep (fl. 16 a 40); reclamación administrativa elevada ante la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial (fl. 41 a 46) copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 49); registro civil de nacimiento (fl. 50); copia de la cédula de ciudadanía del causante (fl. 51); escrito de acción de tutela (fl. 55 a 65); providencia de 12 de agosto de 2015, emitida por el Juzgado Sesenta y Dos (62) Civil Municipal (fl. 99 a 107); fallo proferido por el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá (fl. 157 a 170); respuesta a requerimiento emitida por la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial (fl. 192 y 193); expediente pensional (fl. 257).

Así mismo, fue absuelto el interrogatorio de parte de la señora María Del Rosario Manrique de Manrique, quien al cuestionársele respecto al deceso del causante, afirmó que *«... estaba por ahí fuera de la casa y llegó mi hijo de estudiar y salió a buscarlo ya iban llegando a la casa cuando los atracaron, lo atacaron y le dieron un tiro a mi esposo y pues tocó que llevarlo para el hospital y pues allá falleció a los 18 días, pero con mi hijo estábamos con él, estuvimos pendientes todo desde que él llegó al hospital, se llevó y todo hasta que él falleció, estuvimos con él, toda la vida vivimos con él, mejor dicho, nunca nos separamos, nada, todo muy bien»*.

Efectuadas las anteriores precisiones, esta Sala procede a desarrollar el *sub judice* planteado en líneas anteriores, no sin antes precisar que respecto a la prestación pensional deprecada en el *libelo*, diferente a las pensiones de vejez e invalidez, el afiliado causante y los posibles beneficiario de la prestación deben cumplir separadamente dos clases de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

requisitos, a saber, al *de cujus* le correspondía dejar reconocido el derecho a la pensión bien de vejez o invalidez o una densidad de semanas de cotización, y por su parte, los beneficiarios deben acreditar su cualificación legal, ello es, demostrar mediante prueba idónea su calidad respecto del causante, o la dependencia económica cuando se refiere a hijos discapacitados o padres; aclarando que ambos pedimentos deben concurrir para la causación de la pensión de sobrevivientes.

Es menester precisar que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha determinado que es la fecha de fallecimiento del pensionado o afiliado la que fija la norma aplicable al caso bajo estudio, siendo ésta el 18 de febrero de 1983, como da cuenta el Registro Civil de Defunción obrante a folio 14 del informativo, es que al presente asunto le es aplicable la Ley 33 de 1985, en concordancia con la Ley 12 de 1975, preceptivas que establecen el derecho a la sustitución pensional, en empleado públicos y oficiales con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Sobre este aspecto, el Órgano de cierre en materia ordinario laboral, ha sido constante en señalar que, en aquellos eventos en que el servidor público fallece con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el sentenciador debe analizar las prerrogativas que gobiernan la materia al momento del deceso, así, a modo de ejemplo en la sentencia SL 768 de 2019, con ponencia del Magistrado Fernando Castillo Cadena, moduló que:

«No obstante, lo señalado, debió el juez de la alzada analizar la situación sometida a su escrutinio, bajo la égida de las Leyes 12 de 1975 y 33 de 1973 que regulan la figura de la sustitución pensional al fijar la titularidad de la prestación e igualmente al permitir la habilitación de la edad cuando se trata del fallecimiento de un no pensionado, disposiciones que, como lo ha precisado la Sala, modificaron los reglamentos del ISS en lo que hace a los requisitos de pensión de sobrevivientes»

De esta manera, el artículo 1° de la citada Ley 33 de 1993, previó que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«ARTÍCULO 1°.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno».

A su turno, el artículo 1° de la Ley 12 de 1975, dispuso que:

«ARTÍCULO 1°.- El cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas»

Al verificar entonces si se cumplen los requisitos establecidos en las normas en cita para que la demandante acceda a la pensión de sobrevivientes, encuentra la Sala que el señor José Ángel Manrique Hernández (q.e.p.d), ingresó a laborar con la Secretaría de Obras Públicas el 15 de marzo de 1973 y su relación contractual se extendió hasta el 18 de febrero de 1993, fecha esta última, en la que acaeció el deceso del causante, acreditando así un total de tiempos servidos de 19 años, 11 meses y 4 días, tal como se advierte de la documental que reposa a folios 19 a 32 del informativo, consistente en formatos 1, 2 y 3 emitidos por la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial. Información que se acompaña con lo certificado por la misma entidad en las documentales vistas a folios 19 y 192 de las diligencias.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Ahora bien, no desconoce la Sala que al plenario se allegó documento denominado certificado para tramites de pensión emitido por la Secretaría de Obras Públicas, de la que se advierte en la casilla de días laborados un total de 7.275, lo en principio lleva a concluir que el trabajador fallecido prestó sus servicios por un lapso superior a los 20 años que exige la norma; sin embargo, al examinar detalladamente la información reportada por la entidad, se advierte que el trabajador ingresó a laborar el 15 de marzo de 1973 y su retiro se dio el 18 de febrero de 1993, fechas estas, que se acompasan con las reportadas en los formatos Clebp ya antes relacionados, por lo que no existe duda para esta Corporación de la inconsistencia aritmética reflejada en el citado documento denominado certificado para tramites de pensión, sin que se pueda tener como válido para pensión, periodos no laborados efectivamente. En tal virtud, es que no puede dársele el valor probatorio que pretende la parte accionante a dicho documento.

De cara a lo anterior, es que en el presente asunto si bien, con el fallecimiento del causante se activó el surgimiento del derecho pensional en lo relativo a la edad, no sucedió lo mismo con el requisito mínimo de tiempos servidos para dejarse causado el derecho, supuesto de facto que le impide a la demandante acceder a la prestación pensional que por esta vía se reclama.

Por manera que, la solicitud elevada por la activa no está llamada a prosperar, en tanto, como se explicó en precedencia, para que la demandante se hiciera beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, era indispensable, i) que el causante hubiese sido pensionado al momento del deceso, o ii) hubiese prestado su fuerza de trabajo por al menos 20 años, aspectos que no acaecieron en el *sub lite*, y sin que medie prueba alguna que conlleve a la Sala a establecer lo contrario, es que surge patente la revocatoria de la sentencia apelada, para un su lugar,



absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra.

Por último, y como quiera que en esta instancia se negó las suplicas principales de la demanda, y al existir pretensiones subsidiarias sobre las cuales no hubo pronunciamiento por parte del juzgado de conocimiento, se hace necesario su estudio por parte de esta Corporación.

PENSIÓN RESTRINGIDA DE JUBILACIÓN LEY 171 DE 1961.

Sobre el particular, pretende la demandante el reconocimiento y pago de la pensión contenida en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, al considerar que cumple con los pedimentos establecidos en la norma en comento.

Para resolver se tiene que el artículo 8° de la norma *ejusdem*, señala que:

«Artículo 8°. *El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.*

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

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



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

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

De la norma traída a colación se extrae que para la causación de la pensión aquí estudiada se establecieron tres requisitos esenciales, a saber: i) que el trabajador haya sido despedido sin justa causa después de haber laborado más de 10 años y menos de 15 continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de dicha disposición legal, tendrán derecho a la pensión al cumplir los 60 años de edad, ii) si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión comenzará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha de despido, y iii) si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión, pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

Para el caso bajo estudio, se tiene que en manera alguna se cumplen los requisitos antes señalados para que el causante hubiese dejado causado el derecho pensional. Así se afirma, por cuanto el señor José Ángel Manrique Hernández no fue despedido y tampoco se retiró voluntariamente de la empresa contratante, tal como lo exige la norma en comento, pues el vínculo contractual feneció por la muerte del ex trabajador, lo que no puede asemejarse al retiro voluntario, conclusión a la que se arriba teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945.

Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en un caso de similar contexto factico, colmo fue en la sentencia con radicación interna SL 702 de 2013, con Ponencia del



Magistrado Jorge Mauricio Burgos Ruiz, se ocupó del estudio de la asimilación del deceso del trabajador con el retiro voluntario de aquel, oportunidad en la que moduló que:

«Al respecto debe decirse que si bien le asiste razón al impugnante en cuanto a que en realidad para el momento de la muerte del causante, 11 de marzo de 1981, aún se encontraba vigente en su original redacción el citado artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, pues, como lo señalara el propio recurrente la declaratoria de nulidad del Consejo de Estado, respecto a la expresión “o varias entidades” se produce en noviembre de 1981; lo cierto es que de manera independiente a si la aludida providencia tiene efectos hacia el futuro o se retrotrae al pasado; aparece claro que a los propósitos de la prestación reclamada no se cumple con el requisito del retiro voluntario puesto que la muerte del trabajador conforme a las voces del artículo 47 del decreto 2127 de 1945 no puede asimilarse a aquella otra causa de la terminación de la relación laboral como de igual manera lo ha adoctrinado la Sala en sentencia, entre otras, de radicación 33393 de 17 de febrero de 2009».

Bajo esta orientación, al no poderse asemejarse la muerte del trabajador con el retiro voluntario de aquel, es surge patente la absolución de la encartada en torno a la pretensión subsidiaria incoada en el libelo introductor, y sus consecuenciales que de ello se derive.

COSTAS. Las de primera instancia correrán a cargo de la demandante. Sin costas en esta instancia dado el resultado de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 27 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARÍA DEL ROSARIO MANRIQUE DE MANRIQUE**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

contra el **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES –FONCEP**, la **ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ - UNIDAD ADMINISTRATIVA DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL**, para en su lugar, ABSOLVER a la demandada **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP**, de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Las de primera instancia correrán a cargo de la demandante. Sin costas en esta instancia dado el resultado de la alzada.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LUIS EDUARDO CAMARGO VEGA** CONTRA LA SOCIEDAD **COMERCIALIZADORA PJS S.A.S.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los catorce (14) días del mes de diciembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



SENTENCIA

DEMANDA: El señor **LUIS EDUARDO CAMARGO VEGA** a través de apoderado judicial, persigue la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido celebrado de manera verbal que la ató con la demandada en el interregno comprendido entre el 1° de febrero de 2013 al 30 de junio de 2018, el cual finalizó sin mediar justa causa y de forma unilateral por parte del empleador; como consecuencia de la anterior declaración, solita se condene a la encartada al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales causadas y no pagas en el lapso comprendido entre el 15 de noviembre de 2016 al 30 de junio de 2018, la sanción de que tratan el artículo 65 del Estatuto Sustantivo Laboral, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, y las costas procesales. (fl. 6, 7, 74 y 75).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 1 a 6 y 69 a 74 de las diligencias, en los que en síntesis advierte que fue contratado de forma verbal por la sociedad Comercializadora PJS S.A.S., para desempeñar el cargo de Conductor de Volqueta el 1° de febrero de 2013; que el 5 de junio de 2013, en cumplimiento de sus funciones sufrió un accidente de trabajo en el que se fracturó varias partes de su cuerpo; que la empresa reportó el accidente el 20 de junio siguiente; que fue incapacitado de forma ininterrumpida hasta el 15 de noviembre de 2016; que el 14 de mayo de 2014, acudió ante el empleador con el fin de reclamar el pago de las incapacidades insolutas, oportunidad en la que se le informó que se veía bien y que debería reintegrarse a las labores; que se le prometió continuar pagando la incapacidad y un pago adicional por el día laborado, arrojándose así un pago total diario de \$33.000; que el 23 de diciembre de 2015, a raíz de



diferencias que se presentaron con el Representante legal de la encartada, se dio por terminado el vínculo contractual; que el 31 de diciembre de 2015, fue citado a las instalaciones de la compañía a efectos de entregársele la liquidación de prestaciones sociales, oportunidad en la que se le descontó el valor de \$973.500, por concepto de llanta de la volqueta que se extravió el día del accidente y \$612.000 por concepto de abogado y pólizas; que desde el día del accidente y hasta el 15 de noviembre de 2016, el pago de las incapacidades se efectuó sobre el salario mínimo; que el 24 de noviembre de 2016, le fue informado que la volqueta que manejaba había sido vendida y que el nuevo dueño lo podría contratar para desempeñar las mismas funciones; que a partir del 25 de noviembre de 2016, el nuevo dueño asumió el pago del salario mínimo legal y la compañía sufragaba las incapacidades generadas; que el 5 de junio de 2017 radicó petición ante la ARL a fin de determinar la pérdida de capacidad laboral, misma que fue ratificada en el mes de octubre de la misma anualidad, petición que fue negada por la institución; que el 30 de noviembre de 2017, le fue comunicado de forma verbal y sin causa aparente, la terminación de la relación de trabajo con el nuevo dueño de la volqueta; que el 23 de enero de 2018, el médico tratante emitió una serie de recomendaciones a efectos del reintegro del trabajador y el ejercicio de las labores; que se acercó a la empresa a fin de reintegrarse laboralmente, oportunidad en la que se le negó tal situación, empero se le indicó que se le seguirían pagando las incapacidades; que el 5 de marzo de 2018 elevó nueva solicitud de determinación de la pérdida de capacidad laboral; que en el mes de mayo de 2018, peticionó al empleador el reintegro; que el 18 de junio e 2018, se llevó a cabo audiencia de conciliación ante el Ministerio del Trabajo; que el 4 de julio se le indicó que no se le seguiría cancelando las incapacidades por parte del empleador; que se le afirmó que el 4 de julio de 2018, le fue consignado en el Banco Agrario de Colombia la liquidación por los servicios prestados; que interpuso una



acción de tutela la cual no fue prospera; que desde la fecha del accidente la ARL ha atendido sus contingencias médicas, sin embargo no cuenta con EPS ni se ha vuelto a cotizar a pensión.

CONTESTACIÓN: La sociedad demandada **COMERCIALIZADORA PJS S.A.S.**, mediante auto de 6 de febrero de 2020, el juzgado de conocimiento resolvió, entre otras cosas, tener por no contestada la demanda por parte de la sociedad convocada a juicio. (fls. 172).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 3 de noviembre de 2020, **condenó** a la Comercializadora PJS S.A.S., a pagar a favor del demandante la suma de \$13'513.318 por concepto de indemnización por falta de pago contenida en el artículo 65 del C.S.T., entre el 25 de noviembre de 2016 y el 4 de julio de 2018, fecha en la cual se efectuó el depósito judicial ante el Banco Agrario; **declarar** no probadas las excepciones formuladas por la demandada; **absolver** a la encartada de las demás pretensiones formuladas en su contra y **condenar** en costas al extremo pasivo. (fl. Cd. 174).

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante LUIS EDUARDO CAMARGO VEGA, interpuso recurso de alzada, en el que solicita la revocatoria parcial de la sentencia impugnada, al considerar que el sentenciador de primer grado no tuvo en cuenta que el empleador realizo cotizaciones al sistema general de seguridad social a su favor hasta el mes de junio de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

2018, por lo que era hasta esa fecha en que se debió declarar la existencia del vínculo laboral, sumó a ello, que el a quo no efectuó pronunciamiento en torno los descuentos efectuados por la sociedad demandada sobre la liquidación final de prestaciones sociales.

A su turno, la demandada **COMERCIALIZADORA PSJ S.A.S**, censuró la determinación a la que arribó el sentenciador de primer grado, al considerar que no era procedente la imposición de condena por concepto de sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., por cuanto la relación no se extendió hasta el 2018, como lo afirmó el demandante, sumó a ello, que a los trabajadores de la sociedad, se les liquidaba las prestaciones sociales a que tienen derecho de forma anualizada.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Este extremo procesal guardó silencio.

Parte demandada: Este extremo procesal guardó silencio.

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



CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el libelo demandatorio y los fundamentos dados en los recursos de alzada, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales conforme el artículo 66A del CPL, procede a determinar cómo problema jurídico a resolver si entre las partes existió un vínculo de carácter laboral que se desarrolló en el interregno comprendido entre el 1° de febrero de 2013 y el 30 de junio de 2018.

De ser afirmativa la anterior premisa, establecer si le asiste derecho al demandante al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho. Del mismo modo, determinar si resulta procedente la condena por concepto de sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.

RELACIÓN LABORAL

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Es así, como según el artículo 24 del CST, «*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*», de donde se colige, que basta con que el trabajador demuestre la prestación humana del servicio a favor del empleador, para que se predique la existencia del elemento de subordinación y por ende del contrato de trabajo, quedando la carga de la prueba en el patrono, quien deberá desvirtuar tal presunción, conforme lo indicado por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia con radicado 44321 del 29 de octubre de 2014.

Así las cosas, con miras a dilucidar el objeto de debate, estima pertinente la Sala proceder a analizar el material probatorio recaudado, en el que se encuentren los siguientes:

1. Formulario de accidente de trabajo emitido por Positiva Compañía de Seguros S.A. (fl. 13).
2. Liquidación de prestaciones sociales (fl. 14, 15).
3. Derecho de petición radicado ante Positiva S.A. (fl. 16 a 21).
4. Respuesta emitida por Positiva S.A. (fl. 22, 23, 28 y 29).
5. Recomendaciones laborales emitidas por Positiva S.A. (fl. 24 a 27).
6. Respuesta a derecho de petición emitida por Pedro Julio Salgado Rozo. (fl. 30, 31, 38 y 39).
7. Derecho de petición formulado ante Pedro Julio Salgado Rozo. (fl. 32 a 36).



8. Constancia de no acuerdo emitida por el Ministerio del Trabajo. (fl.37).
9. Depósito judicial. (fl. 41).
10. Historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 42 y 43).
11. Histórico de pagos por cotizante. (fl. 45 a 47).
12. Escrito de acción de tutela (fl. 48 a 53).
13. Fallos de tutela (fl. 54 a 64).
14. Planillas de autoliquidación Simple (fl. 80, 113 a 119 y 138 a 143).
15. Certificación emitida por Willam Vargas Aldana. (fl. 120).
16. Informe policial para accidentes de tránsito. (fl. 127 y 128).
17. Formato único de investigación – proceso penal (fl. 145 y 146).

Del mismo modo fueron escuchados los testimonios de dentro del cual aparece el testimonio de Maira Alejandra Salgado Ávila y María Agripina Ávila de Salgado, así como los interrogatorios de parte practicados a Luis Eduardo Camargo Vega y Pedro Julio Salgado Roza en calidad de Representante legal de la demandada Comercializadora PJS S.A.S. (Cd. Fl. 173).

De esta manera, y en lo que atañe a la testigo Maira Alejandra Salgado Ávila, aquella fue consistente en señalar que en un principio el demandante fue contratado para ejercer las labores de ayudante de volqueta o palero, y que sus funciones se limitaban a ayudar a cargar dichos vehículos, también señaló que la relación contractual finalizó el 24 de noviembre de 2016, fecha en la que el actor no se reincorporó a



sus labores, sumó a ello. Afirmó que al demandante se le comunicó de las recomendaciones emitidas por la ARL Positiva y de la intensión de reincorporación por parte del empleador, sin que el señor Camargo Vega asistiera a la sede de trabajo.

Entre tanto, la testigo María Agripina Ávila de Salgado, señaló que fue la propietaria de la volqueta que en la que se accidentó el demandante y señaló las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se dio la perdida de la llanta del vehículo automotor que luego le fuera descontado al promotor del juicio.

De otra parte, fue absuelto el interrogatorio de parte del aquí demandante, oportunidad en la que cuestionársele respecto a sí para el mes de noviembre de 2016 trabajó con el señor William Aldana, aquel señaló *«Sí señora»*, sumó que *«Allá manejé la volqueta que era de don Pedro, él se la vendió al señor William Aldana y él me contrató como conductor»*, al indagársele si existía algún tipo de subordinación por parte del representante legal de la sociedad demandada, contestó que *«En el momento no, no porque el que me daba las órdenes era don William»*, empleo en el que se desempeñó aproximadamente de 3 a 4 meses, para luego hacer algunos relevos al no contar con sueldo.

Del mismo modo se practicó el interrogatorio de parte al representante legal de la sociedad demandada, quien al cuestionársele en torno a la fecha de terminación del vínculo laboral señaló que *«Él se fue, él trabajó conmigo noviembre 24 de 2016, hasta no sé nada del señor»*, sumó a ello, que *«... él me dijo que se iba a trabajar con el señor que yo le vendí la volqueta, él se iba a trabajar allá y entonces no sé nada más, me dijo yo n voy a trabajar más con usted, voy a manejar la volqueta del señor William, William, bueno, Aldana es»* en tanto al indagársele ¿el por qué? de las cotizaciones hasta el mes de junio de 2018, en pensión y salud, aquel afirmó que *«Porque yo de muy buena gente,*



yo tengo un corazón de madre como se dice, yo de muy buena gente le pagué el seguro para que lo atendieran en la EPS, porque si lo sacó, el muchacho queda desamparado, de muy buena fe le pagué eso» .

De cara a lo hasta aquí expuesto, oportuno resulta indicar para esta Corporación, que entre las partes efectivamente existió una relación de carácter laboral, pues del material probatorio aportado a las diligencias, se logró acreditar los elementos esenciales del contrato de trabajo enunciados en el artículo 23 del C.S.T, así, en primer lugar, diáfana resulta la prestación personal de servicio, pues las partes así lo consintieron y de los testimonios escuchados, nada disímil se extrae, pues en conjunto, se logró demostrar que en efecto, el señor Luis Eduardo Camargo Vega prestó su fuerza de trabajo para la sociedad Comercializadora PJS S.A.S., aspecto que toma firmeza con la documental que fuera allegada al informativo consistente en liquidación de prestaciones sociales (fl. 14, 15 y 40).

En lo que refiere a la remuneración, se tiene de tanto de los interrogatorios de parte, los testimonios y las pruebas documentales, se puede establecer que el demandante devengó como remuneración a sus servicios prestados el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.

Establecido lo anterior, resta determinar los extremos del vínculo contractual, para lo cual la parte demandante sostiene que inició sus labores el para con la sociedad demandada el 1° de febrero de 2013 y se prolongó hasta el 30 de junio de 2018, entre tanto, la accionada afirma que la relación laboral se desarrolló entre el 1° de junio de 2014 al 24 de noviembre de 2016.



Para resolver la disyuntiva planteada, necesario se torna indicar que al expediente se incorporó liquidación de prestaciones sociales, la cual fue allegada tanto por el demandante como por la demandada, de la que se extrae que el señor Camacho Vega prestó sus servicios para la sociedad Comercializadora PSJ S.A.S., desde el 2 de febrero de 2013 hasta el 24 de noviembre de 2016 (fl. 40 y 123), dicha información se acompasa con lo depuestos por el demandante y el demandado al absolver el interrogatorio de parte, pues al cuestionárseles respecto a la fecha en que se puso fin al vínculo contractual que los ató, al unísono afirmaron que fue hasta el 24 de noviembre de 2016.

Al punto, en lo que refiere a lo depuesto por el demandante, aquel señaló que, a partir del mes de noviembre de 2016, fue contratado por el señor William Vargas Aldana, quien en su momento le compró la volqueta al señor Pedro Julio Salgado Roza, que allí duró ejecutando sus labores por un lapso de 3 a 4 meses, reconociendo como verdadero empleador al citado señor Vargas Aldana, sin que hubiese subordinación respecto de la sociedad aquí demandada; sumó a lo anterior, que con posterioridad al fenecimiento del vínculo con el señor Vargas Aldana, se dedicó a realizar algunos turnos sin señalar de forma expresa a favor de quien los prestó, también indicó que lo hizo por cuanto no contaba con salario alguno. Aspectos estos que se acompañan con lo afirmado por el Representante legal de la sociedad demandada y la testigo Maira Alejandra Salgado Ávila, así como lo certificado por el ya tantas veces referido William Vargas Aldana mediante documento que reposa a (folio 163), y que no fue tachado por las partes.

Ahora bien, reposa en el proceso historia laboral emitida por Colpensiones de la que se desprende que la sociedad Comercializadora PJS S.A.S., efectuó cotizaciones a favor del demandante desde el 1 | de



junio de 2014 hasta el 30 de junio de 2016, así mismo gravitan planillas de aportes a la salud que dan cuenta de la continuidad en el pago de cotizaciones a dicha contingencia por parte de la encartada para con el demandante, aspectos estos, sobre los cuales edifica el promotor del juicio su pretensión de continuidad laboral hasta el 30 de junio de 2018.

Dicho lo precedente, sería lo propio entrar a tener como válidamente vinculado al señor Luis Eduardo Camargo Vega para con la sociedad demandada, sino fuera porque el simple hecho de registrarse cotizaciones al sistema de salud y pensión, en principio son indicios que llevan a presumir la existencia del vínculo laboral, pero como todo indicio, este admite prueba en contrario, y como se plasmó en líneas anteriores, fue el mismo demandante quien confesó haber terminado la relación laboral para irse a trabajar con el señor Vega Aldana y continuar manejando la volqueta que fue en su momento de su ex empleador, pero esta vez bajo la subordinación de su nuevo contratante.

Ahora bien, valga memorar que en tratándose de dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 24 del CST, basta con que el trabajador demuestre la prestación humana del servicio a favor del empleador, para que se predique la existencia del elemento de subordinación y por ende del contrato de trabajo, quedando la carga de la prueba en el patrono, quien deberá desvirtuar tal presunción, conforme lo indicado por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia con radicado 44321 del 29 de octubre de 2014.

En lo referente a los indicios que se desprenden de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social, a efectos de declarar la existencia del contrato de trabajo, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación



Laboral, en la sentencia SL 16528 de 26 de octubre de 2016, con ponencia de los Magistrados Gerardo Botero Zuluaga y Jorge Mauricio Burgos Ruíz, moduló que:

«Por otra parte, y no obstante que la Sala ha sostenido, que la afiliación a la seguridad social no implica necesariamente la existencia de una relación laboral, vista la contundencia de los anteriores medios de prueba, en el caso en particular que nos ocupa, la afiliación por parte de la empresa al riesgo de salud, sería un elemento más de la existencia del contrato de trabajo.

(...)

Para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, debe igualmente estar evidenciada. Sin embargo, no será necesaria la acreditación de la citada subordinación, con la producción de la respectiva prueba, en los casos en que se encuentre debidamente comprobada la prestación personal del servicio, ya que en este evento lo pertinente, es hacer uso de la presunción legal consagrada en el art. 24 del Código Sustantivo del Trabajo que reza: “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”, la cual puede ser desvirtuada con la demostración del hecho contrario, es decir, que el servicio no se prestó bajo un régimen contractual de índole laboral.

Lo anterior significa, que al actor le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo y es a la empleadora a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado quien presta el servicio, que se traduce en un traslado de la carga probatoria. Ello tiene fundamento en el carácter tuitivo o protector de las normas del derecho al trabajo, que le otorgan a quien alega su condición de trabajador, una ventaja probatoria consistente en probar la simple prestación del servicio a una persona natural o jurídica, para que se presuma esa relación contractual laboral.

Así las cosas, le corresponde al aparente empleador destruir tal presunción, mediante la acreditación de que la actividad contratada se ejecutó o realizó en forma autónoma, totalmente independiente y no subordinada, bajo un nexo distinto del laboral, lo que dependerá del análisis de las pruebas del proceso»

En el presente asunto, el demandante no acreditó la prestación humana del servicio a favor del Comercializador PFJ S.A.S., con posterioridad al 24 de noviembre de 2016, pues se itera, fue aquel



mismo quien confesó en su interrogatorio de parte que, a partir del mes de noviembre de 2016, comenzó a laborar a favor de un empleador diferente y que no tenía subordinación alguna por parte de la sociedad encartada. En tal virtud, es que para la Sala la relación de trabajo que ató a las partes se extendió en el interregno de 2 de febrero de 2013 al 24 de noviembre de 2016, por lo que no resta más que confirmar la sentencia recurrida en este aspecto.

DE LOS DESCUENTOS EN LA LIQUIDACIÓN LABORAL DEL TRABAJADOR.

Censura la parte demandante la falta de pronunciamiento del sentenciador de primer grado respecto a la devolución de dineros que fueron descontados en la liquidación definitiva de sus prestaciones sociales, los cuales a su sentir son ilegales.

Para resolver basta con señalar, que la garantía de no descuentos de salarios y prestaciones sociales que brinda el Compendio Sustantivo Laboral a favor del trabajador se limita a la vigencia del vínculo contractual, y persigue proteger a la parte débil de la relación contractual, por lo que al cesar la relación de trabajo, dicha garantía también cesa, constituyéndose no en un deber reintegro de saldos indebidamente descontados, sino en una mora en el pago de prestaciones sociales, siempre que, dichos descuentos no tengan un soporte real para su procedencia.

Sobre el particular, el Órgano de cierre en materia ordinario laboral en la sentencia con radicación interna 39980 de 13 de febrero de 2013, con ponencia del Magistrado Carlos Ernesto Molina Monsalve, al estudiar la procedencia de la devolución de saldos descontados de la



liquidación final de prestaciones sociales de un trabajador, moduló que:

«... en estos casos de deducciones luego de finalizada la relación laboral, no se requiere en rigor de autorización escrita de descuento, pues como lo ha adoctrinado esta Sala en ocasiones anteriores: “La restricción de derecho de compensación del empleador mediante la prohibición de descuentos sin autorización tiene carácter protector plenamente justificado durante la vigencia del contrato de trabajo, es decir, cuando está en pleno vigor la dependencia y subordinación del trabajador en relación con el empleador. Pero para el momento de terminación del contrato la subordinación desaparece, como también fenece el carácter de garantía que los salarios y prestaciones sociales ofrecían para los créditos dados por el empleador...”. Por consiguiente, las normas prohibitivas de la compensación o deducción sin autorización expresa del trabajador, rigen durante la vigencia del contrato de trabajo, porque una vez finalizado el vínculo frente a “descuentos que de la liquidación de créditos del trabajador hiciera el empleador por deudas inexistentes o no exigibles”, lo que acarrea como consecuencia es el no pago completo de salarios o prestaciones sociales, con la consecuente sanción por mora (Sentencias CSJ Laboral, 10 de septiembre de 2003 rad. 21057, 12 de noviembre de 2004 rad. 20857 y 12 de mayo de 2006 rad. 27278), lo cual resulta plenamente aplicable en relación con lo previsto en el D. 2127/1945 Art. 27»

Al descender al caso puesto en conocimiento de la Sala, se tiene que al demandante se le descontó de la liquidación definitiva de prestaciones sociales las sumas de \$973.500 por concepto de una llanta que se le extravió y \$612.000 por concepto de abogado y pólizas, sumas que la empleadora justificó en el hecho de que al actor se le impartió una orden de llevar un vehículo volqueta al taller, sin embargo, desatendiendo dicha orden, el trabajador se desplazó a realizar una labor no autorizada en la que fue capturado por la Policía Nacional y dirigido ante la Fiscalía General de la Nación por al depositar escombros en lugares no autorizados, oportunidad en la que a su vez, se le extravió un llanta del vehículo.

Ahora bien, los artículos 28, 59 y 149 del C.S.T., disponen la imposibilidad por parte del empleador de descontar dineros provenientes de los salarios o prestaciones sociales del trabajador, ya



sea por pérdida de herramienta, negligencia, o pérdidas de la empresa, sin que previó a ello, obre autorización bien por parte del empleado, o bien por orden judicial.

Es así, que le asiste razón a la parte demandante en censurar el débito efectuado por la parte demandada en torno la pérdida de la llanta del vehículo volqueta y gastos de abogado y pólizas, pues en manera alguna obra en el plenario, autorización expresa del trabajador o que haya mediado orden judicial para tal efecto, lo que constituye no sólo la devolución de saldos por parte del empresario, sino una mora en el pago oportuno de las prestaciones sociales a favor del señor Luis Eduardo Camargo Vega, en tanto debió cancelar de forma completa la liquidación laboral a que tenía derecho el empleado sin que mediara las deducciones de las que fue objeto.

En tal virtud, se revocará la sentencia apelada en este aspecto, para en su lugar, condenar a la sociedad Comercializadora PJS S.A.S., a reconocer y pagar a favor del demandante las sumas debitadas en la liquidación de prestaciones sociales de aquel, las cuales ascienden al valor de **\$1'585,500.00**, cuantía que contempla los conceptos de débito por llanta perdida, así como gastos de abogado y pólizas.

INDEMNIZACIÓN POR NO PAGO OPORTUNO DE PRESTACIONES SOCIALES

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; postura expuesta en la sentencia SL 16884-2016 Rad. 40272 de 16 de noviembre de 2016.

Bajo esa óptica, al proceder la Sala a constatar si la demandada logró acreditar un actuar de buena fe para de este modo exonerarse de la sanción aquí estudiada, se advierte, que contrario a lo sostenido por el extremo pasivo, en el presente asunto, pese a haber consignado al Banco Agrario de Colombia la liquidación definitiva de prestaciones sociales del actor, y poniendo a disposición de aquel tal título, la encartada lo hizo sólo hasta el 4 de julio de 2018 y, habiéndose terminado la relación contractual el 24 de noviembre de 2016, no se



encuentra justificación alguna en el actuar de la sociedad llamada a juicio, y si a eso se suma, que no canceló en su integridad las prestaciones a que tenía derecho el actor, en tanto como se dijo en precedencia, realizó descuentos no autorizados por la ley sobre las prestaciones sociales del promotor del juicio, es que resulta patente la condena por este concepto.

Trazados estos lineamientos y teniendo en cuenta lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-781 de 2003, en la medida en que la presente demanda fue radicada dentro de pasados los 24 meses siguientes a la terminación del contrato, pertinente resulta impartir condena a la demandada por el pago de la sanción moratoria, en cuantía igual a un día de salario, correspondiente a \$22.981, por cada día de retardo en la cancelación de los salarios y prestaciones sociales adeudados al demandante, los cuales, deberán ser cancelados desde la fecha de terminación del contrato hasta cuando se haga efectivo el pago de estas obligaciones insolutas.

Por lo expuesto se modificará la sentencia apelada en este aspecto, para en su lugar, condenar a la encartada al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por no consignación oportuna de las prestaciones sociales del ex trabajador, en los términos enunciados en precedencia.

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda, se impone costas a cargo de parte demandada Comercializadora PJS S.A.S., dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 3 de noviembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **LUIS EDUARDO CAMARGO VEGA** contra la sociedad **COMERCIALIZADORA PJS S.A.S**, para en su lugar, **CONDENAR** a la demandada a reconocer y pagar a favor del demandante las sumas debitadas en la liquidación definitiva de prestaciones sociales de aquel, las cuales ascienden al valor de **\$1'585,500.00**, cuantía que contempla los conceptos de débito por llanta extraviada, así como gastos de abogado y pólizas, lo anterior de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia apelada, en el sentido, de **CONDENAR** a la sociedad **COMERCIALIZADORA PJS S.A.S.**, al pago de la sanción moratoria contenida en el artículo 65 del C.S.T., modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2020, en cuantía igual a un día de salario, correspondiente a \$22.981, por cada día de retardo en la cancelación de los salarios y prestaciones sociales adeudados al demandante, los cuales, deberán ser cancelados desde la fecha de terminación del contrato hasta cuando se haga efectivo el pago de estas obligaciones insolutas, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia impugnada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CUARTO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda, sin condena alguna ante la prosperidad parcial del recurso de apelación.

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



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JOSÉ DOMINGO ROJAS DÍAZ** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los catorce (14) días del mes de diciembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **JOSÉ DOMINGO ROJAS DÍAZ** a través de apoderado judicial, pretende se declare nula e ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual efectuado a través de la AFP PORVENIR S.A., por incumplimiento en el deber legal de información, declarándose válidamente vinculado a COLPENSIONES; como consecuencia de lo anterior, se condene a PROVENIR S.A. a registrar la nulidad e ineficacia de la afiliación, junto con el traslado a COLPENSIONES del capital obrante en la cuenta individual del demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales; ultima que deberá recibirlos y activar la afiliación en pensión; costas y agencias en derecho (folios 4 y 5).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 a 4 de las diligencias, manifestando en síntesis que nació el 17 de junio de 1963 e inició sus cotizaciones a pensión a cargo del Instituto de Seguros Sociales el 8 de febrero de 1982; administradora a la cual permaneció hasta el 31 de agosto de 1995 cuando se trasladó a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., momento para el cual había logrado aportar 707,14 semanas y contaba con 32 años de edad. Señala que tal movilidad derivó de la información entregada por lo asesores de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

COLPATRIA, los que se limitaron en manifestar ser más benéfico ese sistema para su derecho pensional por la liquidación del Instituto de Seguros Sociales y el riesgo en la pérdida de sus aportes; por lo que, obtendría una pensión mayor en el RAIS. Aduce que la citada AFP no desplego ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente para brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva sobre las consecuencias futuras que acarrearía el traslado. Resalta que no le fueron brindados los datos respecto de las características de ambos regímenes, las probabilidades de pensión, proyecciones objetivas de la mesada pensional o indemnización sustitutiva, las posibilidades de retorno al RPM y, en general todo el panorama derivado de su traslado. Arguye que de la proyección pensional entregada por PORVENIR S.A. en diciembre de 2017, advirtió la afectación en la cuantía de la mesada pensional, lo que implico que solicitara a las demandadas la anulación de la afiliación y la activación del nexo con COLPENSIONES; mismas que fueron decididas desfavorablemente.

CONTESTACIÓN: La convocada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al anunciar la validez en el traslado realizado por el demandante, en la medida que no le constan las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que se presentó la movilidad. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados prescripción; presunción de legalidad de los actos administrativos; inexistencia de la obligación y, las que resulten probadas en el curso del litigio, folios 53 a 59.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** manifestando su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que el traslado fue producto de una decisión informada, libre de presiones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, que al ser un documento público se presume auténtico en los términos del artículo 243 y 244 del CGP y el párrafo del artículo 54a del CPT; sumado al incumplimiento de las pautas previstas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. **Excepciones:** elevó como medios exceptivos los denominados prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación y, las que se prueben, folio 110 a 134, 143 y 144.

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 17 de septiembre de 2020, resolvió **declarar** ineficaz la afiliación efectuada por el demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el 31 de agosto de 1995 a través de COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., como consecuencia **ordenar** a PORVENIR S.A. que traslade los recursos o sumas que obren en su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES y, a está que reciba dichos recursos, reactive la afiliación del demandante y acredite como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiere trasladado, dada la ineficacia que se declara; **no condenar** en costas a las demandadas (CD folio 214).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, no se cumplió con el deber de información y carga de la prueba, en la medida que la AFP demandada no acreditó la entrega de datos sin eliminar aquellos le resultarían desfavorables; los cuales no lograron ser suplidos con el formulario de afiliación y por el interrogatorio de parte rendido por el demandante. Agrega que no se afecta la sostenibilidad financiera del sistema por contar con componentes de apoyo estatal; así como reseña el incumplimiento en términos de permanencia mínima.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo en síntesis que las determinaciones jurisprudenciales traídas por el Juez de primera instancia, no resultan aplicables al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

examine, en la medida que afectan el principio de inescandibilidad de las normas al acogerse apartes de diversas disposiciones para lograr declarar una nulidad de un derecho, en tanto solo se habla de restituciones unilaterales, y sin hacerse una discusión de cara a las diferencias entre ineficacia y nulidad, donde a voces de la Corte Constitucional la primera se presenta cuando el acto no puede producir efectos y sin que resulte indispensable una declaración oficial y, así como no se discute la ineficacia de pleno derecho, no se analizan aspectos de culpa o dolo y por el contrario, se está conduciendo a una responsabilidad objetiva propia de los procesos ejecutivos y no declarativos. De igual manera, se afecta el principio de confianza legítima al encontrarse durante 20 o 30 años bajo el sometimiento de la norma que señalaba la suficiencia en el formulario de afiliación para suministrar la información concedida; así como se vulnera la sostenibilidad financiera, pues estos traslados afectan los regímenes en tanto conducen a extraer de los fondos de inversiones los montos allí incluidos, y para COLPENSIONES sostener este tipo de sentencias judiciales. En lo relativo a la carga dinámica de la prueba, relata lo aducido por la Corte Constitucional en la sentencia número 86 de 1996 en el sentido de que las negaciones indefinidas son las que producen tal carga, en esa medida hay manifestaciones del demandante que no tienen tal virtualidad y por lo tanto debía demostrar que le dieron la información; sumado a que se concedió un análisis parcializado del artículo 167. Indica que si una de las consecuencias es tener al demandante como si nunca hubiese estado en el régimen de ahorro individual, no entiende de donde nace la orden de restituir los ejercicios financieros, si se supone que estos jamás se crearon y, por lo tanto se está conduciendo a un enriquecimiento sin justa causa conforme al artículo 1746; de suerte que, si se obliga a la AFP, lo propio es que el accionante también reintegre los reseñados ejercicios financieros, más aun cuando están afectados por el fenómeno de la prescripción al no hacer parte de los dineros destinados para el derecho pensional.



Finalmente indica que de declararse la ineficacia, deba acogerse la consecuencia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ello es, dejar en libertad al accionante para que escoja el régimen que a bien considere.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

Parte demandante: Este extremo requirió se confirmara el fallo de primera instancia, en tanto, *«como se desprende de las pruebas practicadas en el juicio, los fondos de pensiones demandados no lograron acreditar el cumplimiento de su deber profesional y legal de brindar una información completa, clara y oportuna al demandante, en el momento previo a su traslado de régimen pensional».*

Parte demandada: La convocada **PORVENIR S.A.** reclamó la absolución, indicando en síntesis que no es procedente imponer cargas distintas a las previstas en las leyes existentes al momento del traslado *«pues constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima del fondo que represento, ya que para cuando se celebró el acto jurídico de vinculación, no solo el afiliado para ese momento era jurídicamente capaz, sino que además, el citado acto contiene objeto y causa lícita, y ahora por cuenta de interpretaciones y el alcance que se hace de algunas normas, se desconocen instituciones primarias de un estado social de Derecho como son la validez y los efectos de los actos jurídicos».*

A su turno, la demandada **COLPENSIONES** solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, manifestando para el efecto que el traslado de la activa al RAIS tiene plena validez por no evidenciarse vicio en el consentimiento; sumado a que el *«demandante recibió toda la información necesaria para realizar el traslado y que fue de manera libre y voluntaria su afiliación al régimen de ahorro individual, por ende no se le vulnero ninguno de los derechos descritos en la parte petitoria de esta demanda contrario sensu al señor demandante*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

se le respeto su derecho de afiliación al suscribir formulario con el RAIS, era una persona que gozaba de toda capacidad legal». Reclamando finalmente que, no puede aplicarse el traslado de la carga de la prueba de manera genérica.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se advierte la realización en debida forma el 1 de marzo de 2018, folio 33 de las diligencias.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y, en estricta consonancia con los reparos invocados por la apelante, junto con el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por JOSÉ DOMINGO ROJAS DÍAZ al régimen de ahorro individual administrado por COLPATRIA hoy PORVENIR S.A.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia del documento de identificación del accionante (fl. 16), formularios de afiliación (folio 18), reporte de semanas cotizadas en pensiones e historia laboral individual (folios 19 a 28), proyección pensional (folios 29 y 30), reclamaciones administrativas y su respuesta (fl. 32 a 47), expedientes administrativos obrantes en las demandadas (CD a folio 60, 135 a 141) e interrogatorio de parte rendido por el demandante (medio magnetofónico a folio 214).

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 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***



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

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

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

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

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

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

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

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

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



los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.

4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.

5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.

6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

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

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

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

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

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

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 9°, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, los derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los parámetros de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de la que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y debida asesoría	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2013 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales,



1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente. Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.

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

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

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

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

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

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

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

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



TEORIA DEL CASO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 8 de febrero de 1982 (folio 19), para luego trasladarse a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 31 de agosto de 1995 (folio 18), con efectividad al 1° de septiembre de esa anualidad (folio 135); fondo en el cual se encuentra actualmente afiliado y elevando cotizaciones al subsistema de seguridad social en pensiones (folio 23 a 28); supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura que la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y, en cumplimiento a la carga dinámica de la prueba prescrita en el artículo 167 del CGP que, a su vez, libera de tal deber a quien reseña negaciones indefinidas como la no entrega de datos en el acto genitor de traslado. Información que no se encuentra acreditada en el plenario, ni aun deviene del formulario de afiliación militante a folio 18.

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, se advierte la ausencia de asesoría por el representante de Colpatria hoy Porvenir S.A.; quien únicamente le mencionó que el Instituto de Seguro Social se iba a acabar y, que solo en esa AFP, lograría acceder a una prestación pensional, sin entregar datos tan básicos del sistema como la cuenta individual, aportes voluntarios o que ocurría con los dineros depositados en caso de fallecimiento (CD folio 214).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Dimanando en que las probanzas arrimadas a las diligencias no son suficientes para probar el consentimiento informado y sin que medie otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado; conducta omisiva que a todas luces demuestra una inducción en error al accionante por la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., lo cual conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de antaño, se asimila al vicio del consentimiento por dolo, error en el objeto y de hecho (Art. 1508 y s.s del C.C.).

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

Ahora, atendiendo la ausencia de disposición respecto a la devolución de los gastos de administración, esta Sala de Decisión adiciona el proveído de primer grado en la medida que tal consecuencia es la materialización del precepto legal del artículo 1746 del Código Civil, que enseña como efectos de la declaratoria de nulidad el dar «a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo».

Lo anterior, también ha sido objeto de pronunciamiento por la H. Corte Suprema de Justicia, que en sentencia rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, con ponencia del H. M. Dr. Eduardo López Villegas, indicó:

«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.

*La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, **de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por** mesadas pensionales **o gastos de administración...**»*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

E igualmente lo adujo la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL13873-2014 con radicación No. 42500 del 8 de octubre de 2014 con ponencia del H. Magistrado Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, al señalar:

«En efecto, en la sentencia CSJ SL, 7 feb. 2006, rad. 25069, reiterada en CSJ, SL, 13 mar. 2012, rad. 39772, esta Sala dijo:

*«Del texto transcrito es razonable colegir que, **al determinar cuál de las vinculaciones a una entidad de seguridad social es válida** y cuáles no, la norma está precisando **la vinculación que produce efectos jurídicos** y, así no lo señale específicamente, de manera indirecta la entidad que debe tener a su cargo el reconocimiento de la prestación respectiva, que **lógicamente debe ser aquella respecto de la cual se haya hecho la vinculación que es legalmente admisible y llamada a producir consecuencias para el afiliado...***

(...)» (Aparte resaltado de la Sala)

Motivo por el cual, se *itera*, se adicionará la determinación en lo relativo a la devolución íntegra de todas las sumas percibidas, en estudio del asunto en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, en la medida que, al estar en presencia de una obligación de hacer que, a futuro, implicará la concesión de una posible prestación pensional, resulta adversa a esa entidad la no entrega de tal concepto que, suma indicar, al ser debitado del rubro entregado a título de aporte pensional, implica desde su génesis su equivalencia en tal concepto y, de contera, no puede encontrarse afectado por el fenómeno del trienio prescriptivo.

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

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, en tanto es la consecuencia directa de la oposición de la pasiva y la condena fulminada. En esta segunda instancia sin costas dadas las resultas del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el **NUMERAL PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 17 de septiembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **ORDENAR** a **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** que traslade la totalidad de dineros, sin efectuar descuentos con ocasión al traslado o por gastos de administración, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

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

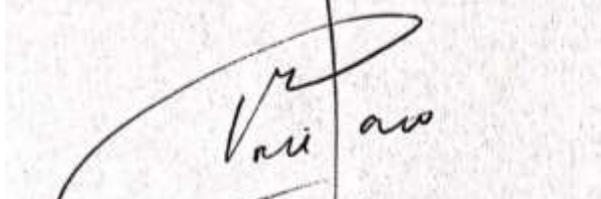
Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MAGDA RUTH LIMAS ESPITIA** CONTRA EL **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, Y **CLAUDIA HEDDY BERNAL CUELLAR**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los catorce (14) días del mes de diciembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



SENTENCIA

DEMANDA: La señora **MAGDA RUTH LIMAS ESPITIA** a través de apoderado judicial, pretende se declare que le asiste derecho a que la encartada le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de Juan Carlos Bedón Otero (q.e.p.d), en porcentaje del 50%, en condición de compañera permanente; en consecuencia, se condene a la encartada a que le reconozca y pague la prestación pensional reclamada a partir del 5 de mayo de 2017 en cuantía de 1'227.989; el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; las costas y agencias en derecho. (fl. 5 y 6).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 a 5 del expediente, en los que en síntesis advierte que contrajo matrimonio por rito catolicón con el señor Juan Carlos Bedón Otero, el 14 de agosto de 1993; que por sentencia proferida el 13 de septiembre de 2002, por el Juzgado Noveno (9°) de Familia, se decretó la cesación de efectos civiles del matrimonio, sin que se liquidara la sociedad conyugal; que de la unión con el causante se procrearon 3 hijos; que el *de cuius* falleció el 5 de mayo de 2017; que sostuvo una convivencia con el señor Bedón Otero por un lapso de 6 años y 1 mes; que mediante respuesta de 31 de enero de 2018, el fondo accionado le informa que existe controversia en torno a la concesión de la pensión de sobrevivientes; que sostuvo vínculo como compañera permanente con el causante hasta el día de su deceso; que en enero de 2018, se le reconoció al joven José Alejandro Benon Limas la pensión de sobrevivientes en un 50%; que agotó la reclamación administrativa.



DEMANDA INTERVINIENTE AD EXCLUDENDUM, en su condición de interviniente *ad excludendum*, **CLAUDIA HEDDY BERNAL CUELLAR**, a través de apoderado judicial formuló demanda, para que previos los tramites del proceso ordinario laboral se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de Juan Carlos Bedón Otero (q.e.p.d), en porcentaje del 50% a partir de la fecha del deceso del *de cuius* y de no existir más beneficiarios en un porcentaje del 100%; el retroactivo pensional; la indexación de las sumas reconocidas; los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas procesales. (fl. 343).

Fundamenta sus peticiones en los hechos que se relacionan en la correspondiente demanda, visibles a folios 343 a 345, en los que en síntesis advierte, que a través de Facebook en el 2008, se reencontró con su amigo el señor Juan Carlos Bedón Otero, a quien conoció en la Liga Colombiana contra el Cáncer; que para el 2008, el causante ya padecía de hipoacusia bilateral; que en el trascurso del 2009, inicia una relación sentimental con el señor Bedón Otero; que en el año se consolida una relación en la que compartían los fines de semana en el apartamento del occiso; que al señor Bedón Otero se le reconoció una pensión de invalidez desde el 2 de diciembre de 2008 en cuantía de 2´175.178, para el año 2015; que a partir del mes de febrero de 2011, la pareja aquí conformada inició una convivencia continua, compartiendo con los 3 hijos del causante; que junto con la madre del causante lo acompañaban a las diferentes hospitalizaciones que tuvo; que en el mes de abril de 2016, la salud del señor Bedón Otero empeoró, dificultándosele la respiración; que el 5 de junio de 2017 solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ante Porvenir S.A., la cual fue despachada desfavorablemente al existir otra reclamante.



CONTESTACIÓN: La demandada **CLAUDIA HEDDY BERNAL CUELLAR**, al ejercer el derecho de contradicción y defensa se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que la demandante no convivió los últimos 5 años con el causante, y mucho menos ostentó la calidad de compañera permanente de aquel, sumó a ello, que la accionante no acredita el cumplimiento de los requisitos previstos en las normas que regulan la materia para acceder al derecho reclamado. **Excepciones:** Formuló las que denominó falta de legitimación por activa, falta de los elementos necesarios para percibir parte de la pensión de sobrevivientes consagrada en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, el señor Juan Carlos Bedón convivió con la señora Claudia Bernal Cuellar desde el mes de febrero de 2011 y las demás excepciones que aparezcan probadas en el proceso. (fl. 58 a 66).

A su turno, la sociedad demandada **FONDO DE PENSIONES Y CESANRÍAS PORVENIR S.A.**, al descorrer el traslado de la demanda, presentó oposición en torno a las pretensiones encaminadas al reconocimiento de intereses moratorios y condena en costas, al considerar, en esencia, que en el presente asunto de las pruebas aportadas por la demandante y la interviniente *ad excludendum*, se establece claramente un conflicto entre las presuntas beneficiarias, el cual debe ser resuelto por el juez competente. **Excepciones:** Formuló los medios exceptivos que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, incertidumbre respecto del titular del derecho, compensación, buena fe, y la innominada o genérica. (fl. 731 a 739).

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE LA INTERVINIENTE AD EXCLUDENDUM. La demandada **MAGDA RUTH LIMAS ESPITIA**, se opuso a todas las pretensiones formuladas por la interviniente *ad*



excludendum, al considerar que no se acredita por parte de la señora Bernal Cuellar la convivencia que afirma haber sostenido con el causante, en tanto para el 2009, el *de cujus* convivía con la señora Eliana Vásquez Bustos. **Excepciones:** Formuló las que denominó falta de legitimación en la causa por activa dentro de la demanda *ad excludendum*. (fl. 641 a 646).

Por su parte, la llamada a juicio **FONDO DE PENSIONES Y CESANRÍAS PORVENIR S.A.**, al descorrer el traslado de la demanda de la interviniente *ad excludendum*, ejerció oposición en torno a las pretensiones que se encaminaron al reconocimiento de los intereses moratorios, la indexación y la condena en costas, al considerar, en esencia, que al existir controversia respecto a los posibles beneficiarios de la prestación reclamada, no es el competente para dirimir el conflicto allí suscitado. **Excepciones:** Formuló los medios exceptivos que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción respecto del titular del derecho, compensación, buena fe y la innominada o genérica. (fl. 840 a 847).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 19 de octubre de 2020, resolvió **declarar** probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por la accionada Porvenir S.A; **absolver** a la parte demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda principal y de las propuestas en la de intervención *ad excludendum*. (Cd. Fl. 889).

Lo anterior por considerar el *a quo*, que en el presente asunto la norma que está llamada a gobernar el derecho reclamado es la Ley 797 de 2003, en atención a la fecha de fallecimiento del causante, y al verificar el cumplimiento de los requisitos allí contenidos se tiene



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que en el caso de la demandante aquella cesó los efectos civiles del matrimonio mediante sentencia proferida el 13 de septiembre de 2002 por el Juzgado 9° de Familia, data en la que dejó de convivir con el *de cuius* no acreditándose el tiempo mínimo de convivencia estipulado en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, ni como cónyuge ni como compañera permanente, entre tanto, en lo referente a la interviniente *ad excludendum*, tampoco se probó la convivencia mínima exigida por la norma para que aquella se haga beneficiaria de la prestación que por esta vía reclama.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo*, la parte demandante **MAGDA RUTH LIMAS ESPITIA**, interpuso recurso de apelación, en el que esgrime, como motivos de disidencia, que a lo largo del proceso se probó y se dio cumplimiento a todos los presupuestos normativos que regulan la materia para que se haga beneficiaria de la prestación pensional reclamada, en tanto siempre hubo una ayuda mutua lo que acredita la dependencia económica para con el causante.

A su turno, la interviniente *ad excludendum* **CLAUDIA HEDDY BERNAL CUELLAR**, censuró la decisión a la que arribó la sentenciadora de primer grado, al considerar que se desconoció que se acreditó la convivencia para con el causante, que dicha convivencia fue estable, sólida y pública, que la relación nunca terminó y siempre existió el apoyo y la ayuda mutua, acreditándose los requisitos que impone la norma para acceder al beneficio prestacional, sumó a ello, que no es necesario acreditar la convivencia bajo el mismo techo para dar por acreditada la unión de la pareja, sino que se debe analizar en cada caso particular la circunstancias que llevaron al distanciamiento.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: La Señora Magda Ruth Limas Espitia peticiona la revocatoria de la sentencia de primera instancia, al considerar, en esencia, que en el presente asunto se dio cumplimiento a todos los presupuestos legales para hacerse beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que por esta vía reclama, en tanto se demostró la condición que tuvo como cónyuge y compañera permanente con posterioridad desde el 17 de marzo de 20100 y hasta la fecha del deceso del causante, probándose la ayuda mutua y la dependencia económica para con el fallecido pensionado.

Parte demandada: La interviniente *ad excludendum* Claudia Bernal Cuellar peticiona la revocatoria de la sentencia apelada, al considerar, que no se valoró en debida forma las pruebas que fueron allegadas al informativo, tanto documental como testimonial, pues a su decir, existe contradicción en lo depuestos por los testigos que fueron traídos por el extremo demandante, sumó a ello, que al interior del proceso sí se acreditó que entre aquella y el causante existió una convivencia estable, sólida y pública por un periodo superior a 5 años hasta la muerte del señor Juan Carlos Bedón Otero con la existencia de lazos afectivos, ayuda mutua, afecto entrañable, apoyo económico, y un proyecto de vida en pareja en los términos que dispone la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral.

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



CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia y los recursos de alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si la señora Magda Ruth Lima Espitia y la señora Claudia Heddy Bernal Cuellar, ambas en condición compañeras permanentes, son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, con ocasión a la muerte del pensionado Juan Carlos Bedón Otero.

En caso afirmativo, establecer el porcentaje de reconocimiento de la prestación pensional reclamada.

CALIDAD DE PENSIONADO DEL CAUSANTE

No es motivo de controversia, en esta instancia, la calidad de pensionado que sostuvo el señor Juan Carlos Bedón Otero, pues tal circunstancia fue aceptada por las partes y se logra acreditar con la documental que reposa a folios 755 a 759, en la que el Fondo de Pensiones y Cesantías BBVA Horizonte S.A., le reconoció la pensión de invalidez al señor Juan Carlos Bedón Otero en cuantía de \$1'603.807

PENSION DE SOBREVIVIENTES

Con miras a resolver la Litis planteada, esta Sala de Decisión analiza el acervo probatorio legalmente recaudado en el plenario de conformidad con el artículo 60 y 61 del C.P.L. y de la S.S., en especial, registro civil



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de defunción (fl. 12); certificación emitida por parte de Porvenir S.A. (fl. 13, 291 y 651); registro civil de matrimonio (fl. 14); registro civil de nacimiento (fl. 15 y 67); sentencia proferida por el Juzgado Noveno (9°) de Familia de Bogotá (fl. 16 a 22); reclamación de prestaciones económicas (fl. 23 a 25, 303 y 304); respuesta emitida por Porvenir S.A. (fl. 26, 27, 29 y 305 a 307); correos electrónicos (fl. 68 a 277); material fotográfico (fl. 278 a 290); certificación suscrita por Hilderman Pedraza Vargas (fl. 292); certificación emitida por el Conjunto Residencial Balcones de San Martín (fl. 293); tarjeta de servicio hotelero (fl. 295 y 296); declaraciones extra proceso (fl. 291 a 302); factura de venta (fl. 308); autorización de servicios médicos (fl. 309); factura de servicios públicos (fl. 310 y 311); registro de llamadas y consumo de mensajes (fl. 312 a 335); formato de reclamación de seguro de vida (fl. 336 a 341) certificación emitida por BBVA Horizonte (fl. 650); recetario médico (fl. 654 y 655); orden médica (fl. 657 a 678); historial médico (fl. 684 a 726); formulario de vinculación a Horizonte S.A. (fl. 749); resporte Siafp emitido por Asofondos (fl. 741); bono pensional emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 742 a 744); relación de aportes emitido por Porvenir S.A. (fl. 745 a 750); reclamación solicitud de pensión de invalidez (fl. 751); formato para liquidación de siniestro de invalidez y sobrevivencia (fl. 754) contrato de retiro programado (fl. 169 a 773);; oficio que comunica la aprobación de la pensión de invalidez (fl. 818 a 824).

Así mismo, fue absuelto el interrogatorio de parte de la señora Magda Ruth Limas Espitia quien al cuestionársele respecto a la convivencia con el causante, afirmó que *«No conviví de manera permanente con él, teníamos una relación, estamos hablando de los últimos años, cercana al inicio de la separación pues obviamente fue un poco complejo pero más para mí, y ya después que él tuvo su trasplante tuvimos un mayor acercamiento porque realmente nunca dejamos de hablarnos, nunca dejamos de tener una relación cordial, tanto era así que donde nosotros teníamos que ir como padres nos hacían el comentario que no parecía que fuéramos separados porque teníamos una muy muy buena relación, en ese sentido*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

pues al final del periodo de ya del fallecimiento en los últimos años de vida de él tuvimos más cercanía, una cercanía de manera afectiva», y continuó señalando que «No señora, como reitero no tuvimos un compartir de día y noche, pero sí tuvimos los últimos 4, 5 años un compartir más frecuente y en muchas más situaciones a nivel como familia y con él como tal».

Frente al interrogatorio de parte que absolvió la interviniente, aquella fue reiterativa y consistente en señalar que inició una vida afectiva de manera intermitente con el causante para el año 2009 en el que se quedaba con él los fines de semana, aproximadamente para el segundo semestre del año 2009 y que ya para finalizar el año 2010, inició una convivencia formal bajo el mismo techo con aquel; en lo referente a la fecha hasta la que vivió con el *de cujus*, afirmó que «Hasta la fecha de su fallecimiento que fue el 5 de mayo de 2017, pero pues ese último año, 2016 y esos meses de 2017, estaba para allá y para acá, a que me refiero, atendiendo un asunto familiar con mi hijo, y en mi casa con Juan Carlos., estaba para allá y para acá, pero siempre pues con él, igual él en algunas oportunidades me colaboraba con el tema, es decir, iba al sitio donde yo estaba pues a darme ánimos, a aconsejarme, siempre era muy pendiente de mis cosas y de lo que atañía a mi familia más cercana», al cuestionársele en torno al periodo que fue a ayudarle a su hijos atender los asuntos familiares señaló que «Casi que todo el año»

Del mismo modo, al indagársele si había existido algún tipo de ruptura de la relación aquella adujo que «Tuvimos un disgusto a nivel de pareja, yo estaba muy enojada con él y todo pero pues estábamos recién salidos de los chiros, pero no, todo volvió a su normalidad a través de los correos electrónicos las cosas se fueron aclarando y ya pues pasó lo de mi hijo», y finalmente al ahondar respecto a los motivos que la llevaron a trasladar su habitación a la casa de su hijo señaló que «Al apartamento que tenía mi hijo con sus niños, pues porque la señora, la madre de los niños se los dejó por varios meses y pues por eso él acude a mí para colaborarle porque trabajaba para esa época con Uber, entonces los niños no se podían quedar solos, en la actualidad todavía son menores de edad, entonces a raíz de la separación, mi nieto menor empezó con unos ataques de epilepsia que hasta el momento se están tratando toda vía, entonces esa situación tan compleja hizo que yo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

estuviera allá de lunes a viernes o de lunes a jueves con mis nietos y los fines de semana me iba para donde Juan Carlos...».

A su turno, fueron escuchados los testimonios de José Alejandro Bedón Limas, Julio Mario Bedón Limas, Juan Pablo Bedón Limas, quienes al unísono y de forma consistente afirmaron constarles que el causante convivió con la señor Claudia Bernal Cuellar aproximadamente desde el año 2012 y hasta el año 2015, oportunidad en la que la pareja compartió mesa, techo y lecho, sin embargo, y a raíz de inconvenientes que surgieron en la relación, la señora Bernal Cuellar dejó la cohabitación con el fallecido pensionado y el vínculo muto a visitas esporádicas los fines de semanas o de vez en cuando entre semana, señalaron que la señora Bernal Cuellar se quedaba algunas noches pero que no era de forma continua, más bien esporádica.

En lo referente a la convivencia del causante con la señora Limas Espitia fueron contundentes en afirmar que la pareja conformada por sus padres se separó cuando aún eran muy jóvenes, que con posterioridad y ya hacia los últimos años de vida del progenitor, la pareja retomo el buen trato y compartían esporádicamente en la casa de uno y otro, también afirmaron que el señor Bedón Otero socorrió a la familia con posterioridad a la separación pero que dicho aporte se extendió hasta el 2010, cuando paulatinamente aquel solo se encargó de la alimentación y estudio de sus descendientes.

Entre tanto, los testigos Ana Cecilia Otero Perea y Luis Alberto Rodríguez Bernal, señalaron que la convivencia de la señora Claudia Bernal Cuellar y el señor Bedón Otero se prolongó desde el año 2009 y hasta la fecha del deceso del causante, que la pareja forjó un verdadero vínculo familiar y que fue la señora Bernal Cuellar quien veló por la salud del fallecido pensionado hasta la fecha del deceso, sumaron a lo



anterior, que siempre hubo un buen trato por parte de los compañeros de vida.

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

Es menester precisar que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha determinado que es la fecha de fallecimiento del pensionado o afiliado es la que fija la norma aplicable al caso bajo estudio, siendo ésta el 3 de mayo de 2017, como da cuenta el Registro Civil de Defunción obrante en el expediente y que reposa a folio 12 de las diligencias, motivo por el cual, le es aplicable el régimen previsto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, norma que estipula:

«**ARTÍCULO 13.** Los artículos [47](#) y [74](#) quedarán así:

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

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

(...)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;» (Resalta fuera de texto)

De cara a lo anterior, no existe duda de la calidad de pensionado del señor Juan Carlos Bedón Otero (q.e.p.d.), aspecto que se ratifica de el reconocimiento pensional que le efectuó el Fondo de pensiones y Cesantías BBVA Horizonte (fl. 755 a 759) oportunidad en la que se le reconoció la prestación que cubre la contingencia de la invalidez en cuantía inicial de \$1´603.807,00.

Ahora, en lo que respecta a la cualificación legal de la condición de beneficiarias de las señoras Magda Rut Limas Espitia y Claudia Heddy Bernal Cuellar respecto a la prestación que causó el señor Juan Carlos Bedón Otero, como segundo requisito para adquirir la prestación pensional de sobrevivientes, evidencia esta Sala, que tal como lo señaló la sentenciadora de primer grado, en ninguno de los casos se cumple con el pedimento de convivencia que exige la norma pensional, tal como pasa a exponerse.

En primer término, y al referirnos a la demandante Magda Ruth Limas Espitia, debe decirse que si bien en un primer momento aquella ostentó la calidad de cónyuge del causante, tal condición cesó de la vida jurídica en el año 2002, tal como se desprende de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno (9º) de Familia de Bogotá, en la que, entre otras cosas, se resolvió decretar la cesación de efectos civiles del matrimonio católico contraído entre los señores Juan Carlos Bedón Otero y Magda Ruth Limas Espitia y declarar disuelta la sociedad conyugal, ello, con fundamento a la separación de hecho que había acaecido entre la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

pareja allí interviniente por más de 3 años , lo que le impide beneficiarse en condición de cónyuge supérstite.

Ahora, al verificar la convivencia en condición de compañera permanente, tampoco cumple con dicha institución, pues si bien los relatos de los testigos y de la misma demandante enseñan que hubo un acercamiento, ello se dio en la sana relación se engendra entre un padre y madre separados con hijos a quien suministrar el apoyo moral, económico y educativo, sin más allá de ello, se advierta una seria intención de forjar nuevamente una comunidad de vida, aspecto que es fácilmente constatable, incluso con lo confeso por la demandante al absolver su interrogatorio de parte en el que señaló que después de la separación no volvieron a convivir como pareja, supuesto de facto que se acompasa con los testimonios vertidos por los hijos del extinto matrimonio.

De otro lado, en lo que atañe a la señora Claudia Heddy Berna Cuellar, la misma a pesar de acreditarse ampliamente la existencia de un vínculo afectivo respecto al señor Bedón Otero, pues todos los testigos fueron diáfanos en señalar que entre aquellos existió un noviazgo y que en un momento de la vida se configuró un verdadero hogar, aquel se fracturó para finales del año 2015 e inicios del año 2016. Sobre este aspecto, es menester precisar, no desconoce la sala los lasos afectivos que ataron al señor Bedón Otero y la señora Bernal Cuellar, sin embargo, aquella relación se produjo bajo el entendimiento de un noviazgo y bo, en la real intensión de forjar un hogar y así una verdadera comunidad de vida.

Lo anterior se afirma, por cuanto, si bien se señaló por parte de los testigos Ana Cecilia Otero Perea y Luis Alberto Rodríguez Bernal, que la convivencia de la señora Claudia Bernal Cuellar y el señor Bedón Otero se prolongó desde el año 2009 y hasta la fecha del deceso del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

causante, sin que mediara separación alguna, y que la pareja forjó un verdadero vínculo familiar, lo cierto es, que los testimonios allí vertidos entran en contradicción incluso con lo depuesto por la misma interviniente Bernal Cuellar, pues es aquella quien confiesa que sí existió una separación y pese a que fue por unos meses, porque luego se solucionaron los inconvenientes presentados, también afirmó que luego de ello se trasladó a vivir con su hijo, quien atravesaba por problemas de índole familiar, desplazando su relación sentimental a mera visitas esporádicas los fines de semana, supuesto de facto que se acompasa con lo depuesto por los hijos del causante quienes para la fecha del deceso vivían con aquel, y de quienes consta de primera mano lo vivido al interior del hogar.

Ahora bien, le asiste razón al apoderado de la interviniente *ad excludendum* al señalar que el simple hecho de la no cohabitación no desvirtúa los lazos de convivencia y afecto, y que en cada caso particular se deben analizar las circunstancias que rodean la separación, sin embargo, en el presente asunto no encuentra la Sala justificación alguna que lleve a que la señora Bernal Cuellar desplace la comunidad de vida, que según ella se encontraba forjando con el causante, para atender aspecto familiares de su hijo, máxime cuando el razonamiento dado era el de ir a cuidar los hijos de aquel, aspecto que bien pudo desarrollar en el hogar conformado por con el señor Bedón Otero, resultando contradictorio que la aquí interviniente todas las noches por más de un año, trasladara su domicilio principal al hogar de su hijo.

Y es en este punto, es que se torna necesario memorar lo que sobre el particular ha enseñado la Corte Suprema de Justicia en su especialidad laboral en la sentencia SL 3785 de 2020, con ponencia del Magistrado Fernando Castillo Cadena, oportunidad en la que la Alta Corporación, en materia de comunidad de vida, moduló que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«Ahora bien, la Corte no ha impuesto alguna suerte de límite temporal estricto a la falta de cohabitación bajo el mismo techo, como el que sugiere la censura en su disertación, al punto que los cónyuges o compañeros deban convivir necesariamente bajo el mismo techo, por algún periodo determinado, o que las separaciones deban ser excepcionalísimas, esporádicas u ocasionales. Contrario a ello, se repite, lo importante en este tipo de contextos es que, desde el punto de vista material y atendiendo las particularidades de cada caso, la pareja conserve vivos los vínculos de apoyo y solidaridad, la comunidad de vida, la asistencia económica y el ánimo serio y permanente de conformar una familia».

Dicho lo precedente, si bien entre los señores Juan Carlos Bedón Otero y Claudia Heddy Bernal Cuellar no se perdió la ayuda mutua y los lasos de afecto, del actuar de la interviniente demandante no se puede advertir la asistencia económica, y el ánimo serio y permanente de conformar una familia, pues contrario a lo sostenido por la allí interviniente, lo que sí es claro es la existencia de una relación afectiva, sin que en ella se aprecie la vocación de conformar una verdadera comunidad de vida, y es que si bien, la razón en la que funda su cambio de hogar se centra en el socorro a un hijo que travesaba una separación familiar, no puede desconocerse que la salud del señor Bedón Otero también se encontraba comprometida, lo que implica en principio una atención permanente por quien alude ser su compañera de vida y una esporádica como se acreditó en el *sub lite*, y es que debe tenerse en cuenta que lejos de ser una separación temporal, la misma señora Bernal Cuellar afirmó que se prolongó casi por todo un año.

Por todo lo hasta aquí dicho, es que para la Sala, las pretensiones elevadas tanto por la demandante como la interviniente *ad excludendum* no están llamadas a prosperar, en tanto, como se explicó en precedencia, no se acreditó por ninguna de las aquí apelantes el requisito de convivencia mínimo exigido por la norma que regula la materia para hacerse beneficiarias de la prestación pensional deprecada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En tal virtud, no le queda otro camino a esta Corporación que confirmar la sentencia apelada.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las mismas estarán a cargo de las apelantes Magda Ruth Limas Espitia y Claudia Heddy Bernal Cuellar, dado el resultado de la alzada y la ausencia de prosperidad sus reparos; se tasan como agencias en derecho la suma de \$200.000, liquídense en primera instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 19 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MAGDA RUTH LIMAS ESPITIA** contra el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y **CLAUDIA HEDDY BERNAL CUELLAR**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las mismas estarán a cargo de las



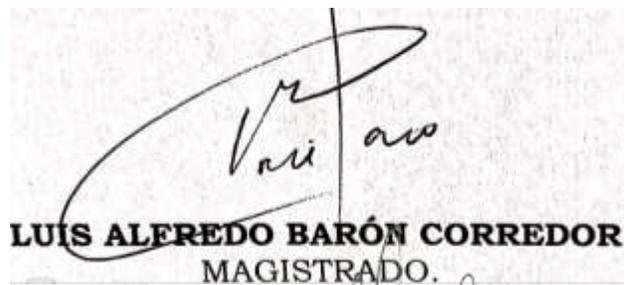
República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

apelantes Magda Ruth Limas Espitia y Claudia Heddy Bernal Cuellar, dado el resultado de la alzada y la ausencia de prosperidad sus reparos; se tasan como agencias en derecho la suma de \$200.000, liquídense en primera instancia.

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



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JORGE ARTURO LAHMANN RODRÍGUEZ** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES,** Y EL **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los catorce (14) días del mes de diciembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Alida Del Pilar Mateus Cifuentes** identificada

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

1. 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

con cedula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional 221.228 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Johanna Andrea Sandoval.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **JORGE ARTURO LAHMANN RODRÍGUEZ** a través de apoderado judicial, pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A; en consecuencia, solicita se condene a la AFP Prorvenir S.A., a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones todos los aportes obrantes en su cuenta de ahorro individual; se condene a Colpensiones a acatar dichos aportes y a registrarlos como si nunca hubiese existido solución de continuidad; condenar a las encartadas al pago de costas y agencias en derecho. (fl. 5 y 6).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 6 a 9 de las diligencias, que en síntesis advierten, que se afilió al otrora Instituto de los Seguros Sociales el 15 de junio de 1983; que cotizó un total de 581.43 semanas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; que se afilió al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el 8 de agosto de 1995; que al momento de la afiliación al fondo privado no se le informó que el valor de la mesada sería inferior a la que recibiría en el ISS; que no se le elaboró una proyección pensional; que no se le brindó por parte de la AFP Porvenir una asesoría en torno a las consecuencias, ventajas y desventajas que acarrearían el traslado de régimen pensional; que se le entregó información de forma sesgada y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

parcial con el fin de concretar el traslado; que cuenta con un total de semanas cotizadas de 1.778; que el 19 de septiembre elevó solicitud ante la AFP Porvenir S.A., en la que solicitó la invalidación de la afiliación; que el mismo 19 de septiembre de 2018, radicó formulario de traslado ante Colpensiones; que las encartadas dieron respuesta negativa a sus solicitudes.

CONTESTACIÓN: la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que el demandante no es beneficiario del régimen de transición por lo que no es posible acceder al traslado de régimen pensional en cualquier tiempo, sumó a ello, que al interior del proceso no se acreditó vicio alguno en el consentimiento del afiliado que pueda decantar en la anulación o en la ineficacia del acto jurídico de afiliación. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica. (fl. 66 a 73).

A su turno, la encartada **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, por intermedio de Curador *Ad Litem*, se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en el escrito demandatorio al considerar, que no existe razones de hecho ni de derecho para declarar la ineficacia del traslado pretendida, en tanto la AFP al momento de realizarse la afiliación del actor le suministró la información completa y veraz en torno al funcionamiento del RAIS. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los de inepta demanda, prescripción para el traslado de régimen, buena fe y la innominada o genérica. (fl. 93 a 101).



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 3 de septiembre de 2020, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a partir de 1995; **condenar** a la AFP Porvenir S.A., a trasladar los aportes realizados por el accionante a Colpensiones junto con los rendimientos financieros causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; **condenar** a Colpensiones a aceptar dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por el actor; **declarar** no probados los medios exceptivos propuestos; **condenar** en costas a la AFP Porvenir S.A. (fl. Cd. 117).

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

CONSULTA

Surtidos los términos procesales, como quiera que Colpensiones no formuló recurso de apelación contra la determinación de primera instancia, y al resultarle desfavorable a sus intereses dicha decisión, el expediente fue remitido a fin que se surta el grado jurisdiccional de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Consulta a favor de la Entidad, de conformidad con el artículo 69 del CPL.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: No se pronunció.

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

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



CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folios 52 y 53 del informativo.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia y el grado jurisdiccional de consulta a 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 JORGE ARTURO LAHMANN RODRÍGUEZ al régimen de ahorro individual administrado por EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, cédula de ciudadanía del demandante (fl. 21); formulario de vinculación emitido por Porvenir S.A. (fl. 34); historia laboral emitida por Porvenir



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

S.A. (fl. 35 a 42); historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 43 y 44); calculo pensional (fl. 46 a 48); petición elevada ante Porvenir S.A. (fl. 49 a 51); reclamación administrativa (fl. 52 y 53); respuesta emitida por Porvenir S.A. (fl. 54 y 55); expediente administrativo (fl. 76).

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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



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

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

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

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

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

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado. Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

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

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

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

TEORIA DEL CASO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 15 de junio de 1983, tal como se advierte de la historia laboral que reposa a folios 43 y 44 del informativo, para luego trasladarse a la AFP Proorvenir S.A., el 8 de agosto de 1995 (fl. 34), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado el demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 34).

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



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

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

En virtud de lo hasta aquí expuesto, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó la sentenciadora de primer grado, pues se itera, al interior del proceso se acreditó la existencia del vicio en el consentimiento del afiliado, el cual decanta en la anulación del acto jurídico del traslado.

Por último, resulta pertinente aclarar, que la decisión aquí adoptada en manera alguna le causa perjuicio a Colpensiones, pues la afiliada se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

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



COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *a quo*. En esta segunda instancia sin lugar a su imposición en atención a que el presente asunto fue asumido en el grado jurisdiccional de consulta.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 3 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **JORGE ARTURO LAHMANN RODRÍGUEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, y el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *a quo*. En esta segunda instancia sin lugar a su imposición en atención a que el presente asunto fue asumido en el grado jurisdiccional de consulta.

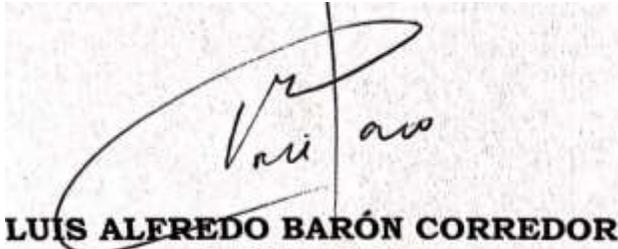
Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL – PERMISO PARA
DESPEDIR - DE **AVIANCA S.A.** CONTRA **AMARILDO MALDONADO
PIÑEROS.**

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

En Bogotá, D.C., a los siete (7) días del mes de diciembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

DEMANDA

La empresa **AVIANCA S.A.**, actuando mediante apoderado judicial, promovió demanda especial Laboral – levantamiento de fuero sindical en contra de **AMARILDO MALDONADO PIÑEROS**, para que mediante sentencia judicial se declare que goza de fuero sindical e incurrió en justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo; como consecuencia de ello, se ordene el levantamiento del fuero sindical y se conceda el permiso para despedir con justa causa, costas y agencias en derecho (fl.5).

Fundamenta el *petitum* en los supuestos de facto visibles a folios 6 a 9 de las diligencias, que en síntesis advierten la existencia de un vínculo contractual laboral a partir del 7 de febrero de 1989, ejecutando actualmente el cargo de Almacenista en la ciudad de Bogotá y ostentando la condición de tesorero en la Junta Directiva Seccional Bogotá y de la Junta Directiva Seccional Cundinamarca de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Organización Sindical Sindicato Nacional de Trabajadores de Avianca – SINTRAVAL, sí como es vicepresidente de la Junta Directiva Seccional Zipaquirá de la Organización Sindical Sindicato Nacional de los Trabajadores del Transporte Aéreo Colombiano – SINTRATAC, resultando acreedor de los beneficios extralegales desde el 1° de octubre de 1997. Resalta que para adelantar las actuaciones disciplinarias se atendieron las pautas de la cláusula 9ª de la Convención Colectiva de Trabajo vigente entre AVIANCA y SINTRAVAL/SINDITRA, misma que fue objeto de usanza por el demandado ante el desconocimiento de los deberes y obligaciones contractuales, reglamento interno de trabajo y demás normas, al tener conductas irrespetuosas con un funcionario de movilidad de la compañía al indicarle *«usted no puede dárselas de muy hábil, hasta el momento no ha respondido si va a dar el transporte, o no esa es la pregunta, esta como Álvaro Avendaño y mire como terminó, por favor respete»*. Alude que el 19 de septiembre de 2018 se rindió informe de Investigación Falta Disciplinaria por parte de la Gerencia de Ingeniería y Mantenimiento; que el 24 de septiembre de 2018 se citó a MALDONADO PIÑEROS a diligencia de descargos programada para el 6 de diciembre de 2018, luego, el día siguiente se dispuso su reprogramación para el 9 de octubre de esa anualidad como día hábil; que llegada esa fecha, se movió para el 11 de similar mes y año por tener permiso sindical pero sin que asistiera en la nueva data, con el levantamiento del acta de la sesión, pese a que fue notificado en debida forma así como todas las organizaciones sindicales de las que deriva el fuero. Que se negó la solicitud de nulidad presentada por los sindicatos, por acatamiento de los lineamientos convencionales y sin que MALDONADO PIÑEROS no presentó reprogramación a la diligencia, ni aviso de incapacidad, grave calamidad o fuerza mayor; así como se presentó el recurso de apelación de manera extemporánea. Alude que el 22 de octubre de 2018 se comunicó al trabajador la decisión de terminación del contrato de trabajo, condicionado al proceso judicial.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

El accionado **AMARILDO MALDONADO PIÑEROS**, por intermedio de apoderado judicial y previa notificación, contestó el *libelo demandatorio* en audiencia pública de que trata el artículo 114 del Código de Procedimiento Laboral, celebrada el 30 de agosto de 2019, manifestando su oposición a las pretensiones invocadas en su contra al aducir el incumplimiento de las pautas del art. 25 del CPL, por considerar la vulneración de las previsiones convencionales y de defensa al desplegar un prejuzgamiento y, sin el adecuado trámite administrativo. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados prescripción; incumplimiento de la adecuación típica de la conducta en la citación al proceso disciplinario; incumplimiento de la formulación de los cargos, la falta disciplinaria, la calificación provisional de la conducta; incumplimiento de la garantía de las formas propias del juicio; incumplimiento a lo dispuesto en la cláusula novena del inciso 2° de la Convención Colectiva de Trabajo; inaplicación del párrafo 1°, cláusula novena de la Convención Colectiva de Trabajo; ausencia de buena fe del demandante; buena fe del demandado; falta de causa para demandar, legitimación en la causa, medio magnetofónico a folio 320.

La organización **SINDICATO DE LOS TRABAJADORES DEL TRANSPORTE AEREO COLOMBIANO – SINTRATAC**, a través de profesional del derecho, en audiencia pública de que trata el artículo 114 del Código de Procedimiento Laboral celebrada el 25 de octubre de 2019, manifestó oponerse por incumplirse con las pautas del artículo 25 del CPL, sumado a no configurarse justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo. **Excepciones:** incumplimiento de la adecuación típica de la conducta en la citación al proceso disciplinario; incumplimiento de la formulación de los cargos, la falta disciplinaria, la calificación provisional de la conducta; incumplimiento en el término dispuesto en la Convención; incumplimiento de la garantía de las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

formas propias de cada juicio; incumplimiento a lo dispuesto en la cláusula novena del inciso 2º; incumplimiento de la cláusula 9 parágrafo 6º; inaplicación del parágrafo 1º de la cláusula novena de la Convención Colectiva de Trabajo; ausencia de buena fe del demandante; buena fe del demandado; falta de causa para demandar o legitimación en la causa (CD a folio 737).

Finalmente, el **SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE AVIANCA – SINTRAVA**, mediante curador *ad litem*, en audiencia pública de que trata el artículo 114 del Código de Procedimiento Laboral celebrada el 25 de octubre de 2019, manifestó no oponerse ni allanarse a las pretensiones incoadas. **Excepciones:** propuso desproporcionalidad de la sanción impuesta respecto de la eventual falta cometida y la sanción impuesta; violación al debido proceso con respecto al proceso disciplinario (CD a folio 737).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 10 de noviembre de 2020, resolvió **negar** la solicitud de levantamiento del fuero sindical formulada por Avianca S.A. y, en consecuencia, **no autorizar** el despido de Amarildo Maldonado Piñeros; **declarar no probada** la excepción de prescripción y **probadas** las excepciones de falta de causa para demandar, legitimación en la causa y desproporcionalidad de la sanción impuesta respecto de la eventual falta disciplinaria cometida y la sanción impuesta; condenar en costas al demandante, CD Audio fl. 944.

Lo anterior por considerar el *A quo*, que no se violaron gravemente las obligaciones adquiridas con el contrato de trabajo al no dejar de realizar las funciones a cargo del demandado y, en la cadena de correos, se advierte que estaba solicitando transporte especial para dirigir a una reunión de COPASO;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

del cual, tampoco se observó que en la conversación con el Coordinador de Movilidad haya atentado contra la moral, buena fe, honestidad, honorabilidad, respeto, cortesía y amabilidad, ni se advirtió un vocabulario insultante, ofensivo, vulgar o palabras que fueran en contravía de los principios éticos; distinto es que no haya sido la forma adecuada para expresarse o solicitar el servicio de transporte, situación que *«lo que generó fue una mala interpretación de las palabras usadas en los correos, que de ninguna manera se pueden entender como groserías con palabras soeces (...) por lo que no se encuentra materializado una falta de respeto con su compañero de trabajo»*, ni la intimidación centrada a la expresión que involucraba a Álvaro Avendaño, pues *«no es una situación o frase suficiente para sentirse intimidado o amenazado, pues dentro del plenario no se demostraron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el Sr. Álvaro Avendaño se retiró de la empresa situación que aun a la fecha de la declaración el Sr. Torres Velásquez desconocía por lo que en nada puede asemejar lo manifestado por Sr. Maldonado Piñeros con el retiro del Sr. Álvaro Avendaño»*.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte **DEMANDANTE** interpuso **recurso de apelación contra la anterior determinación** solicitando la revocatoria integral del fallo de primer grado, por configurarse gravemente las causales de desvinculación en la medida que irrespetó verbalmente a Edison Torres, quien por demás siempre se refirió al demandado de manera cortés. Aduce que si bien, en la cadena de correos electrónicos a la cual se refirió el despacho y que obra como prueba documental en el expediente, *«no se utilizó el lenguaje de carácter ultrajante situación que no es desconocida por parte de mi representada, cuando se hace mención del Sr. Álvaro Avendaño, siendo este el Coordinador, se entiende que es una amenaza de despido pues fue sujeto de una negociación para terminación del contrato de trabajo»*. Resalta que la expresión *«usted no puede dárselas de muy hábil, hasta el momento no ha respondido si va a dar el transporte o no, esa es la pregunta, esta como Álvaro Avendaño y mire como terminó, por favor respete»* en suma se encuentra aduciendo que al salir de la compañía el anterior coordinador *«hay una amenaza tendiente de cumplir sus obligaciones de carácter laboral, so pena de que la compañía procediera a terminación el vínculo contractual como sucedió en su momento con el Sr. Álvaro Avendaño, se resalta que evidentemente no hay un lenguaje descalificador e irrespetuoso pero, en todo en caso, no era la forma mediante la cual el señor demandante tenía que dirigirse a un compañero de trabajo»*,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

logrando intimidación «en la medida que le dio a entender, que si no cumplía con el requerimiento que estaba siendo solicitado, podía como consecuencia tener la misma suerte que para tal evento surtió su compañero de trabajo Álvaro Avendaño». Máxime cuando, Edison Torres realizó las actividades y tareas que tenía a su disposición para el suministro de transporte, a fin de atender la reunión que tenía con el COPASO y donde, según éste y el representante legal de la activa, no resultaban conductores desde el punto de vista convencional y sin que mediara alguna norma que impusiera la obligación de otorgar dicho servicio bajo las condiciones que fueron solicitadas por el demandado, dado que contaban con el transporte circular para arribar a la cita y en tanto que aquel denominado puerta a puerta, solo estaba diseñado para los eventos que por necesidad del servicio tuviese que movilizarse después de las 9 pm o antes de las 6 am. Debiendo el demandado guardar la moral en sus relaciones con superiores y compañeros y, si se dificulta el desarrollo normal de sus relaciones de trabajo ante la lesión moral o física de Edison Torres, lo propio es terminar legítimamente el nexo según la H. Corte Constitucional al dilucidarse que *«las conductas desplegadas por el trabajador Amarildo Maldonado configuran un hecho ilícito, un abuso o desbordamiento de los derechos de este y la vulneración de los ajenos (...) de este modo se traspasan los límites impuestos por la Constitución (...) se considera que el demandado ha afectado el respeto mutuo entre el empleador y el trabajador, entre estos y los demás compañeros de trabajo, al igual que los representantes del empleador, impidiendo el desarrollo de la ejecución con la relación del contrato de forma pacífica y armónica, por lo que se configura y sustenta la gravedad de su conducta, no solo en el hecho mismo sino en la reiteración de su ejecución»*. Concluye resaltando que se generó una pérdida de confianza por desconocer el reglamento de trabajo, con la creación de un ambiente de susceptibilidad y prevención que afectaría el normal y armonioso desarrollo de las labores no siendo recomendable su continuidad contractual, a voces de la H. Corte Suprema de Justicia¹.

¹ CD a folio *ibidem*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Razón por la cual, el expediente ha sido enviado ante este Tribunal para que se surta la **instancia**, y como la Sala no observa causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

RELACIÓN LABORAL

No es objeto de discusión la existencia de la relación laboral entre las partes en litigio, presupuesto necesario para predicar una acción de fuero sindical, el cual es corroborado por esta Sala de Decisión del *libelo contestatario* y por las pruebas aportadas al plenario, de las que se evidencian que AMARILDO MALDONADO PIÑEROS fue vinculado mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 7 de febrero de 1989, para desempeñar el cargo de Ayudante – Fabricante de Alimentos (fl. 34 y 35), el cual a la data de presentación de la acción correspondía a Almacenista (fls. 88). Supuestos facticos que no son objeto de debate en esta segunda instancia, por las partes en conflicto.

EXISTENCIA DE LA ORGANIZACIÓN SINDICAL

La existencia de la organización sindical denominada SINDICATO DE LOS TRABAJADORES DEL TRANSPORTE AEREO COLOMBIANO – SINTRATAC, de primer grado y de industria, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C. y con personería jurídica No. I-19 del 4 de agosto de 2019, fue acreditada con la certificación emitida por la Coordinadora del Grupo de Archivo Sindical (fl. 117- Cuaderno 1º), ajustándose a las exigencias



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

previstas por el art. 364 y s.s. del C.S.T.; igualmente se demostró la subsistencia de la SUBDIRECTIVA SECCIONAL ZIPAQUIRÁ².

En lo tocante al SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE AVIANCA – SINTRAVA, de primer grado y de empresa, con domicilio en Soledad – Atlántico y con personería jurídica No. 79 del 29 de septiembre de 1941, se desprende de lo reportado por el Ministerio de Trabajo – Grupo del Archivo Sindical, folio 120. Acoplándose a las determinaciones del art. 364 y s.s. del C.S.T.

Con las documentales relatadas en líneas anteriores, junto con aquella vislumbrada a folio 118, se advierte cumplida la notificación que debe realizar el cuerpo sindical al patronal, al tenor de los parámetros del artículo 363 del Código Sustantivo del Trabajo, al denotarse su diáfano conocimiento.

GARANTIA FORAL

Tampoco fue objeto de reparo la garantía foral que ostenta el demandado, pues así lo reconocen las partes en el *libelo introductorio* y su contestación, respectivamente, y es precisamente por existir dicha protección a favor del trabajador que inicia AVIANCA S.A., el presente proceso de levantamiento de fuero sindical.

En efecto, en lo atinente al SINDICATO DE LOS TRABAJADORES DEL TRANSPORTE AEREO COLOMBIANO – SINTRATAC, obra a folios 117, 313 y 314 del plenario comunicación de la Coordinadora del Grupo de Archivo Sindical de fecha 24 de noviembre de 2017, mediante la cual se evidencia que el accionante es integrante de la SUBDIRECTIVA SECCIONAL ZIPAQUIRÁ, en los siguientes términos:

² Folio 117.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«ANDRES GUILLERMO RAMIREZ VARGAS	<i>PRESIDENTE</i>
JUAN CAMILO CARO MORENO	<i>VICEPRESIDENTE</i>
YOVANNY MAURICIO SAMUDIO	<i>FISCAL</i>
JOSE DEYBER FORERO HUERTAS	<i>SECRETARIO GENERAL</i>
CRISTIAN RODRIGUEZ GORDILLO	<i>TESORERO</i>
JESUS HERNAN RUIZ MORENO	<i>PRIMER SUPLENTE</i>
<u>AMARILDO MALDONADO PIÑEROS</u>	<u>SEGUNDO SUPLENTE</u>

(...)» (Subraya de la Sala)

Relativo al SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE AVIANCA – SINTRAVAL, de la certificación emitida por el ministerio de la rama el 29 de noviembre de 2017 (folio 121), se reporta que la SUBDIRECTIVA SECCIONAL CUNDINAMARCA, en los siguientes términos:

«PRESIDENTE	DARWIN ENRIQUE FONSECA VELOSA
VICEPRESIDENTE	BLANCA MARINA CORTES
SECRETARIO	MANUEL ANTONIO GARAY PUERTO
<u>TESORERO</u>	<u>AMARILDO MALDONADO PIÑEROS</u>
FISCAL	CARLOS JULIO DUARTE RAMIREZ

(...)» (acentúa la Sala)

Por tanto, de conformidad con lo dispuesto en el literal c) del artículo 406 CST, el demandado como integrante de la junta directiva en su condición de segundo suplente y tesorero de las SUBDIRECTIVAS SECCIONAL ZIPAQUIRÁ del SINDICATO DE LOS TRABAJADORES DEL TRANSPORTE AEREO COLOMBIANO – SINTRATAC y de la SUBDIRECTIVA SECCIONAL CUNDINAMARCA de la organización SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE AVIANCA – SINTRAVAL, respectivamente, se encuentra amparado por la garantía foral.

FUERO SINDICAL - PERMISO PARA DESPEDIR.

Procede esta Sala de Decisión a resolver el *sub judice* puesto en su conocimiento, para lo cual juzga conveniente recordar, en ejercicio de sus facultades académicas, la figura constitucional - laboral denominada fuero sindical.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Pues bien, sea lo primero advertir, que esta institución fue consagrada legalmente en Colombia desde la década de los años 40, en especial, con la expedición del artículo 18 del Decreto – Ley 2350 de 1944 y el artículo 40 de la Ley 6 de 1945, pero fue únicamente con la Constitución Política de 1991, en su artículo 39, que elevó su rango de legal a constitucional, a título de reivindicación histórica, con el fin de proteger a los trabajadores o empleados que en ejercicio del derecho de constituir sindicatos o asociaciones, obtengan la calidad de representantes o miembros de la agremiación.

De esta manera y con miras a continuar con dicho amparo, la Carta Magna mediante la figura del bloque de constitucionalidad de que trata el art. 93 Superior, incorporó las garantías que sobre la materia contemplan los convenios internacionales, para el caso *sub examine*, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de los Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador y, en especial, los convenios 87 y 93 de la Organización Internacional del Trabajo, que en sus apartes pertinentes instaron a los países miembros a la implementación de mecanismos protectores del derecho de elección, fundación, ingreso y reunión del sindicato, así como la defensa jurídica de los derechos derivados de dicha asociación, siendo reiterativos en la derogatoria de las normas que limiten o menoscaben la libertad sindical.

En tal contexto, y descendiendo a la legislación laboral, el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo nos define al fuero sindical como *«la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el Juez del Trabajo»*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En ese sentido, resulta palmario que el fuero sindical fue estatuido para proteger a ciertos trabajadores, integrantes de una organización sindical, de las decisiones unilaterales y autocráticas de los empleadores, tales como el despido, el traslado o el desmejoramiento de las condiciones laborales, y que puedan afectar la toma libre de decisiones o la acción legítima de reunión y petición contractual o convencional.

Y ello adquiere total lógica, si se tiene en cuenta la estrecha relación del fuero sindical y la libertad de asociación, pues de este último derecho surge la prerrogativa de ejercicio, en acción u omisión, de los derechos económicos y sociales de los afiliados, es decir, el resguardo del grupo organizado, tal como lo enseñó la H. Corte Constitucional en sentencia C- 381 de 2000 y la sentencia C-593 de 1993 al determinar:

«La institución del fuero sindical es una consecuencia de la protección especial que el Estado otorga a los sindicatos para que puedan cumplir libremente la función que a dichos organismos compete, cual es la defensa de los intereses de sus afiliados. Con dicho fuero, la Carta y la ley, procuran el desarrollo normal de las actividades sindicales, vale decir, que no sea ilusorio el derecho de asociación que el artículo 39 superior garantiza; por lo que esta garantía mira a los trabajadores y especialmente a los directivos sindicales, para que estos puedan ejercer libremente sus funciones, sin estar sujetos a las represalias de los empleadores. En consecuencia, la garantía foral busca impedir que, mediante el despido, el traslado o el desmejoramiento de las condiciones de trabajo, se perturbe indebidamente la acción que el legislador le asigna a los sindicatos» (Ver, entre otras, la sentencia T-220 de 2012 y T-873 de 2004)

De suerte que, las mencionadas organizaciones tienen a su cargo la defensa y promoción de los intereses de sus afiliados y es por ello, que necesitan el sistema jurídico correspondiente para que esta acción sindical no caiga en irrisoria, dada la posición predominante de los empleadores frente a los trabajadores. En ese contexto, suma advertir, que este derecho a favor de los forados no deviene en absoluto y perpetuo, pues el legislador en el artículo 405 del CST estatuyó una excepción a esta figura constitucional, correspondiente a la calificación por la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

autoridad competente, la cual lleva al funcionario judicial a determinar si efectivamente el empleador extralimitó su facultad legal, convirtiendo a su decisión unilateral en una injusta causa de despido, un traslado o una desmejora ilegal, para cada caso concreto.

Se sigue de lo anterior y, a modo de conclusión, que el fin último de la norma es proteger a los trabajadores forados, que se encuentran relacionados en el art. 406 del CST, del despido, el traslado o el desmejoramiento de las condiciones contractuales, siendo entonces estos tres aspectos los que definen las consecuencias jurídicas que ha de sobrellevar el empleador en caso de causarlas, a saber:

- a) El reintegro como restitución de una desvinculación laboral sin calificación previa de la justa causa por el Juez del Trabajo, rompimiento del vínculo jurídico.
- b) La reubicación o reinstalación como restablecimiento del traslado del trabajador sin previa autorización a las anteriores condiciones de trabajo; ello es, sin rompimiento del vínculo jurídico
- c) Permiso ante el juez laboral por parte del empleador para poder despedir o trasladar, que incluye el denominado proceso ordinario de levantamiento de fuero sindical.

Teniendo claridad de la figura jurídica sometida a escrutinio, descende esta Sala de Decisión a resolver el problema jurídico planteado en líneas precedentes, se reitera, determinar si se configura la justa causa alegada por Avianca S.A. y reiterada en la alzada, que en su consideración se construye con las manifestaciones inmersas por AMARILDO MALDONADO en correo electrónico del 12 de septiembre de 2018 enviado a Edison Oswaldo Torres Velásquez a las 4:45 p.m., al señalar:

«Usted no puede dárselas de muy hábil, hasta el momento no ha respondido si va a dar el transporte, o no esa es la pregunta, esta como Álvaro Avendaño y mire como terminó, por favor respete»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Con ese propósito, resulta pertinente traer a colación lo dispuesto por el artículo 410 del CST que determinó como justa causa para conceder, por el Juez Laboral, el despido del trabajador protegido con fuero sindical, a saber, «(...) b) las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato». Estando dentro de aquellas las concerniente a «6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos», según fue citado en la carta de terminación del contrato de trabajo, que indicó en su cuerpo «la cual queda supeditada al proceso de levantamiento de fuero sindical»³.

Sobre el particular, el Juez de primer grado resolvió negar la solicitud elevada por la activa, manifestando como sustento de su decisión que el correo electrónico descrito no comporta la gravedad para la terminación del contrato de trabajo.

En claro lo precedente y descendiendo al *examine*, habrá de indicarse *liminariamente* que en esta segunda instancia no se presenta discusión referente a la vigencia del reglamento interno de trabajo, ni la aplicación de éste al trabajador demandado, lo que permite a esta Sala de Decisión trasladarse a lo concretado en tal instrumento, donde refiere el artículo 92 y 93 *eiusdem*:

«Constituyen falta grave y por lo tanto son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo las siguientes circunstancias por parte del patrono

2. *Todo acto de violencia cómo injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en qué incurra el trabajador en sus labores, contra el patrono, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo*

ARTÍCULO 93. *Para los efectos del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, son también justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo por parte*

³ Folio 105.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de la empresa, las siguientes faltas que se califican de especialmente graves, además de las que tengan ese carácter en forma general:

14. Atemorizar, coaccionar o intimidar a los compañeros de trabajo, dentro de las dependencias de la compañía o faltarles al respeto con ellos o palabras insultantes, o mediante lenguaje no verbal»

Referente a la prescripción normativa *ejusdem*, juzga conveniente recordar que el juzgador en la especialidad Laboral se encuentra vedado para calificar la gravedad en la justa causa establecida en reglamentos, contratos, pactos, convenciones y fallos arbitrales, cuando ello ha sido parte de la negociación propia de las relaciones laborales; no obstante, cuando la misma no se encuentra reglada como tal, debe el operador jurisdiccional concretar bajo el análisis de las pruebas en conjunto, si se constituye tal entidad en la falta para que fuera preciso desvincularlo de las labores, cómo lo ha decantado la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en la sentencia rad. 39518 del 14 de agosto de 2012 con ponencia del H. Magistrado Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve, que enseñó:

*«Del análisis de la recensión jurisprudencial en precedencia, emergen consiguientemente, las siguientes conclusiones: (i) en la primera de las hipótesis estatuida en el mencionado numeral 6º de la norma bajo examen, le corresponde al juzgador evaluar la conducta del trabajador y calificarla como grave; (ii) **en el segundo supuesto la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta;** (...)*» (resalta fuera de texto)

Así, bajo tal presupuesto y en la medida que el reparo efectuado en la alzada, se centra únicamente en aquella acotación efectuada por el trabajador en correo electrónico del 12 de septiembre de 2018 a las 4:45 p.m., dirigido a Edison Oswaldo Torres Velásquez y que en su literalidad señala (fl.40):

«Usted no puede dárselas de muy hábil, hasta el momento no ha respondido si va a dar el transporte, o no esa es la pregunta, estas como Álvaro Avendaño y mire como terminó, por favor respete»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Así, del recuento factico se logra concluir que AVIANCA S.A. resalta como justa causa la ausencia de respeto y moralidad en el desarrollo de las obligaciones encartadas a AMARILDO MALDONADO, al amenazar e intimidar a EDISON TORRES VELASQUEZ por la falta de concesión de una ruta puerta - puerta.

En tal marco, se encuentra que no solo el Juzgador se encuentra facultado para establecer si los sucesos constituyen el incumplimiento al debido respeto y ausencia de moralidad (SL 10137-2015), sino que está *inmoralidad* deben ser entendida como aquellos actos que generen en una comunidad laboral un ambiente que *«enrarece y genera conflictos que no permiten a los implicados el desarrollo pleno, cabal y satisfactorio de sus actividades»*⁴, o *«vaya en contra de las buenas costumbres»*⁵.

En lo concerniente al debido respeto, se encuentra que en el contexto de esa obligación, la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral ha considerado la premura de analizar si las expresiones del trabajador afectarían las relaciones laborales, en tanto incluyan referencias descomedidas, groseras, soeces o en clara rebeldía, pero también analizando si surgen de un aspecto de la personalidad del prestador del laborío, sumado a condiciones culturales y a la facultad de elevar *«sus opiniones con firmeza o, incluso, que formule críticas a las conductas o actuaciones del empleador o de su representantes, relacionadas con la prestación de sus servicios, pues, como lo ha explicado esta Sala de la Corte, no puede considerarse que el trabajador sea totalmente ajeno a la marcha de la actividad económica de la empresa y, en particular, de las labores relacionadas con las funciones que deba cumplir»*, sentencia con radicación No. 30911 de 2009.

Sin embargo, en la misma providencia la Alta Corporación expresa que:

⁴ Ibidem.

⁵ SL 3509-2018



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«Importa por ello traer a colación el criterio expuesto por la Sala en la sentencia del 21 de abril de 2004, radicación 20721, en la que en un caso de contornos similares al presente, esto dijo:

Es que **no puede confundirse**, como al parecer lo hace el recurrente, la **firmeza y el sentido de la dignidad con la grosería y el insulto**. **Responder vigorosamente y con carácter al comentario de un superior jerárquico laboral, no puede equipararse a falta de respeto o maltratamiento**. La facultad subordinante del empleador o de sus representantes no puede llegar al extremo de pretender la obsecuencia del trabajador de suerte que éste deba guardar silencio o mostrarse pusilánime frente a cualquier requerimiento de su jefe, **mucho más cuando el reclamo se presenta con cierto matiz irónico y adicionalmente se hace no dirigiéndose al propio empleado en forma franca y en privado sino de manera indirecta, a manera de comentario hecho a otra persona para que el afectado se sienta aludido** (...)» (resalta fuera de texto)

Al punto de la orfandad de respeto por las alusiones irónicas o sarcásticas, sumadas a situaciones de relieve injuriosas, enseñó la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia rad. 14705 de 27 de noviembre de 2000, con ponencia del H. Magistrado Dr. Francisco Escobar Enríquez, que:

«Pues bien, en la censura se critica con toda la razón este corolario, ya que es ostensible que en la comunicación transcrita el trabajador **no fue simplemente irónico, sino irrespetuoso, agresivo y satírico con su empleador** y sus representantes, de modo que **se configura en forma diáfana el maltrato durante las labores que la ley prevé como justa causa de terminación unilateral del contrato de trabajo**.

En efecto, el escrito en todo su contexto es ultrajante y lo es también en varios de sus apartes, pues el actor comienza por hacer referencia a un “contentillo por pérdida de pensión”, **expresión insolente que desde luego mal puede aceptarse** como una introducción a su pedido de un préstamo regulado por convención colectiva. Después en el desarrollo **se insulta** al Banco con el calificativo de “banquito”, y en un tono burlesco totalmente impropio de una solicitud como la formulada termina confrontando los órganos de la entidad, a propósito del posible retardo en definir su solicitud, haciendo una alusión impertinente a dos hechos escandalosos de la vida nacional en su época.

Y debe entenderse que la carta en cuestión es inherente a la relación laboral entre las partes y al servicio en sí, pues mediante ella **el demandante en los términos descomedidos y descorteces** que se han analizado solicitó al Jefe de Recursos Humanos de la entidad que le fuera reconocido un derecho convencional.

(...)

Y debe aclararse que a los contratantes, y particularmente al trabajador, les asiste la obvia posibilidad jurídica y humana de pedir, reclamar o exigir en modo respetuoso sus derechos, **pero si bien es dable entender que pueden**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

hacerlo en tono firme o incluso enérgico, en modo alguno es admisible que utilicen la descortesía, el agravio o lo burlesco.

(...)» (resalta fuera de texto)

De suerte que, ha sido la propia Corporación unificadora laboral la que, en su función pedagógica, ha diferenciado de manera innegable aquellos actos que pueden conjugar irrespeto, ausencia de buenas costumbres y malos tratos, determinando que de un lado se evidencia el manifestar con firmeza sus opiniones o críticas referente a consideraciones del empleador y, otra disímil, es que tales acotaciones se encuentren impregnadas de agravio, burla, matiz irónico, descomedidos o descorteces, que en el *sub examine* no se encuentran diáfananamente comprobados del devenir probatorio, ni aun aquellas relativas a intimidación o amenazas.

Así, nótese como AMARILDO MALDONADO en manera alguna usó locuciones de un tenor que afectara la dignidad del interlocutor o redujera su campo de acción y de decisión que, no solo involucrara una violación directa de la dignidad humana y las disquisiciones fundamentales que la cobijan, sino que a voces de la Real Academia de la Lengua Española, no se constata alguna generación de miedo o de indicios de construcción de sucesos dañinos a posteriori, como quiera que las enunciaciones plasmadas por el apelantes lejos de encontrarse cimentados en certeza, se encuentran envueltas de conjeturas y suposiciones que no permiten dar cabida a una justa causa.

Consideración que no muta por las declaraciones rendidas por EDISON OSWALDO TORRES VELASQUEZ en el devenir judicial, CD a folio 942, pues resaltando sentirse amenazado en la medida que, de no acceder al servicio pretendido por MALDONADO PIÑEROS, sería despedido; ello no solo desdice y es ajeno al texto del correo electrónico enviado, sino que va aun en contra de la realidad que envolvió la salida del anterior coordinador de transporte (Álvaro Avendaño), al desvincularse de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

compañía por mutuo acuerdo según lo confesado por el Representante legal de Avianca S.A. al rendir interrogatorio de parte⁶, por lo que, la invocada amenaza carece de todo soporte y sustento. Sumado a que, el cargo desplegado por el llamado a debate dentro de la organización como ALMACENISTA, sin que involucre desmeritarlo, no es de aquellos que impliquen una representación del empleador al tenor del artículo 32 del CST, como para que alguna alusión al respecto *-que se resalta no existió-* encontrara eco en la situación contractual laboral de TORRES VELASQUEZ.

Motivos suficientes para confirmar la decisión apelada, por ausencia en la justa causa de que trata el artículo 410 del CST.

COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el A-quo. En esta segunda instancia estarán a cargo de la parte apelante dado el resultado de la alzada. Tásense por Secretaría, para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de \$700.000.

En mérito a lo expuesto **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., SALA LABORAL,** Administrando Justicia en Nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de esta ciudad, en audiencia pública virtual celebrada el 10 de noviembre de 2020, en el proceso especial de fuero sindical de **AVIANCA S.A.** contra **AMARILDO MALDONADO PIÑEROS**, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

⁶ Folio 942.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el A-quo. En esta segunda instancia estarán a cargo de la parte apelante dado el resultado de la alzada. Tásense por Secretaría, para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de \$700.000.

NOTIFÍQUESE POR EDICTO,

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los catorce (14) días del mes de diciembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **MARIA IMELDA ALVAREZ ALVAREZ** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad del traslado y de la afiliación realizada a través de COLFONDOS S.A., ante la inexistencia de una decisión informada, verdaderamente autónoma y consiente; debiendo PROVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los aportes junto con los rendimientos financieros; encargándose COLPENSIONES activar la afiliación de la accionante desde la fecha inicial de vinculación, aceptando el traslado de todos los aportes; costas y agencias en derecho (folios 31 y 32).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 32 y 33 de las diligencias, manifestando en síntesis que nació el 29 de mayo de 1962 e inició cotizaciones al entonces Instituto de Seguros Sociales desde el 2 de agosto de 1982. Refiere que el 14 de julio de 2003 fue trasladada a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS, pero sin que le brindaran información adecuada y completa para proceder al cambio de régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual. Relata que el 3 de mayo de 2006 se afilió a PORVENIR S.A., sin que esa entidad le pusiera de presente que le hacían falta mas de 10 años para cumplir la edad pensional, estando en termino para devolverse al RPM, así como no le explicó las desventajas de vincularse a ese sistema. Aduce que solicitó a PORVENIR S.A. copia de los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

documentos de afiliación, proyección pensional y constancia de los datos brindados al momento del traslado; misma que fue atendida de manera parcial. En igual sentido manifiesta que reclamó a COLPENSIONES la nulidad del traslado a la AFP y la reactivación de su afiliación en prima media, sin que a la fecha de la presentación de la demanda obtuviera respuesta alguna.

CONTESTACIÓN: La convocada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al anunciar que la afiliación de la demandante tiene plena validez por no configurarse vicios en el consentimiento como error, fuerza o dolo; así como el traslado no se gestó en contra de una prohibición legal y por el contrario se cumplió con el periodo mínimo de permanencia para perfeccionar el acto jurídico. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados prescripción; falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; buena fe; prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo; enriquecimiento sin causa y, las que se prueben en el curso de las diligencias, folios 52 a 61.

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** manifestando que su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por la validez y legalidad en el acto de afiliación, derivado de la falta de prueba en alguna causal de nulidad o en vicios del consentimiento, sumado a la voluntad de permanecer en el RAIS por más de quince años. **Excepciones:** elevó como medios exceptivos los denominados prescripción y caducidad; inexistencia del derecho y la obligación; cobro de lo no debido; buena fe; presunción de legalidad de los actos administrativos y las que se prueben en el curso de las diligencias, folios 85 a 90.



Finalmente, la Sociedad **COLFONDOS S.A.** a través de misiva del 20 de febrero de 2020 (folio 117), indica allanarse a las pretensiones incoadas en su contra, al tenor de lo dispuesto en el artículo 98 del Código General del Proceso.

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 22 de septiembre de 2020, dispuso **declarar** la ineficacia del traslado del régimen pensional que hiciera MARIA IMELDA ALVAREZ ALVAREZ ante COLFONDOS S.A. el 14 de julio de 2003 y, como consecuencia, **declarar** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; **ordenar** a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el termino de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia; **ordenar** a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A. todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la actora por concepto de cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado, así como actualizar la historia laboral y, **sin costas** (CD a folio 131).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, la afiliación que dio lugar al traslado del régimen pensional correspondió a la desplegada con COLFONDOS en el año 2003; por manera que el yerro en el traslado se evidencia del allanamiento emanado por esa AFP, sumado a la falta de elemento de convicción que diera cuenta de la entrega de algún tipo de información a la accionante, mas aún cuando del interrogatorio rendido por esta se advierte la falta de claridad en los principios que rigen el RAIS.



Contra esta sentencia los apoderados de las partes no interpusieron recursos, por lo cual el *A quo* procedió a enviar el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado Jurisdiccional de **Consulta**.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

Parte demandante: Este extremo solicita se acojan las pretensiones de la demanda, resaltando que *«las entidades demandadas no lograron demostrar que se otorgó una información clara y completa, respecto de las desventajas y ventajas que el traslado le reportaría al demandante, pues como se evidencia el único documento que se aportó respecto a la información dada fue la copia del formulario de afiliación, quedando así, demostrado que la administradoras de fondos de pensiones demandadas faltaron al deber legal impuesto en el literal d del artículo 60 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que hacen referencia a la obligación de los fondos de suministrar una información suficiente, amplia y oportuna respecto del traslado con el fin de generar decisiones informadas»*.

Parte demandada: La convocada **PORVENIR S.A.** solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, manifestando para el efecto que del formulario de afiliación se encuentra la entrega de información con las obligaciones que le correspondían en esa materia, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, como la comparación entre regímenes, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

A su turno, **COLPENSIONES** indica que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse. Reclama la atención en la carga de la prueba y la sostenibilidad financiera.

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

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se advierte cumplido con la misiva radicada ante la pasiva el 20 de marzo de 2018, folio 9.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite* el determinar sí, en atención a la ineficacia del



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

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

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, documento de identificación del accionante (folio 1), reclamaciones administrativas y su respuesta (folios 7 a 12), formulario de vinculación (fls. 13, 29 y 30), certificación emitida por COLPENSIONES (folio 15), proyección pensional (folios 16 a 20), historia laboral actualizada y reporte de semanas cotizadas (fls. 21 a 28), expedientes administrativos (folios 66 a 82, CD folio 84) e interrogatorio de parte rendido por la demandante (medio magnetofónico a folio 131); de las cuales se colige, que la demandante elevó aportes al otrora Instituto de Seguros Sociales desde el 2 de agosto de 1982²; luego se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A. el 14 de julio de 2003 con efectividad al 1° de septiembre de esa anualidad (fl. 63), seguido a ello, el 03 de mayo de 2006 realizó un movimiento horizontal a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. (folio 62); fondo este último, en el cual se encuentra actualmente vinculada y realizando aportes al subsistema de seguridad social integral en pensiones, como da cuenta la historia laboral consolidada (folios 21 a 28); supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

² CD Folio 84



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Al punto, se demuestra que la razón de la nulidad declarada por la Juez de Conocimiento se sustentó en el engaño sufrido por parte de la AFP COLFONDOS S.A., ante la inexistencia de información veraz, íntegra y que atendiera su situación pensional de MARIA IMELDA ALVAREZ, manifestación que no fue objeto de recurso por la anunciada administradora; circunstancia que por demás se encuentra cimentada en lo dispuesto en el numeral 1° del art. 97 del D. 663 de 1993, artículo 23 de la Ley 795 de 2003, art. 3 literal c) de la Ley 1328 de 2009 y ha sido sostenido *in extenso* por la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencias del 22 de noviembre de 2011 bajo radicado 33083, SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014, SL 17595 del 18 de octubre de 2017, SL 1452-2019 del 3 de abril de 2019 y en providencia del 8 de mayo de 2019 bajo radicado 68838, últimas dos con ponencia de la H. Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

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

Empero, ante la ausencia de disposición en la sentencia de primera instancia respecto a la imposibilidad de realizar descuentos por gastos de administración de la cuenta individual de ALVAREZ ALVAREZ, es que se adicionará la sentencia, pues resulta indispensable que el reintegro se ejecute de manera íntegra, en la medida que tal consecuencia es la materialización del precepto legal del artículo 1746 del Código Civil, que enseña como efectos de la declaratoria de nulidad el dar «a las partes



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo».

Lo anterior, también ha sido objeto de pronunciamiento por la H. Corte Suprema de Justicia, que en sentencia rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, con ponencia del H. M. Dr. Eduardo López Villegas, indicó:

«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.

*La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, **de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración...**»*

E igualmente lo adujo la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL13873-2014 con radicación No. 42500 del 8 de octubre de 2014 con ponencia del H. Magistrado Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, al señalar:

«En efecto, en la sentencia CSJ SL, 7 feb. 2006, rad. 25069, reiterada en CSJ, SL, 13 mar. 2012, rad. 39772, esta Sala dijo:

*“Del texto transcrito es razonable colegir que, **al determinar cuál de las vinculaciones a una entidad de seguridad social es válida y cuáles no, la norma está precisando la vinculación que produce efectos jurídicos y, así no lo señale específicamente, de manera indirecta la entidad que debe tener a su cargo el reconocimiento de la prestación respectiva, que lógicamente debe ser aquella respecto de la cual se haya hecho la vinculación que es legalmente admisible y llamada a producir consecuencias para el afiliado...***

(...)» (Aparte resaltado de la Sala)

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia sin costas dado el grado jurisdiccional de consulta.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el **NUMERAL SEGUNDO** y **TERCERO** la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 22 de septiembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** que traslade a **COLPENSIONES** los gastos de administración deducidos en vigencia de la afiliación de **MARIA IMELDA ALVAREZ ALVAREZ**; **ordenándose** a **COLPENSIONES** recibirlos, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **CARLOS ALBERTO GÓMEZ GARCÍA** CONTRA **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los catorce (14) días del mes de diciembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



SENTENCIA

DEMANDA: El señor **CARLOS ALBERTO GÓMEZ GARCÍA** a través de apoderado judicial, pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con **ETB S.A. ESP**, que inicio el 4 de octubre de 2012 y finalizó el 18 de febrero de 2016 con ocasión a la renuncia provocada con vicios del consentimiento que, al no corresponder a un acto espontaneo en su voluntad, debe declararse ineficaz con la consecuente vigencia del nexo laboral; se condene a la reinstalación en el cargo que desempeñaba o uno de similar categoría, sin solución de continuidad, junto con el pago de los salarios y aportes al sistema de seguridad social dejados de percibir desde el 18 de febrero de 2016 y hasta la data de reintegro; indexación, daño moral y costas del proceso. De manera subsidiaria peticona el reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa (folios 25 anverso y 26).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 24 y 25 del diligenciamiento, que en síntesis advierten que el 4 de octubre de 2012 suscribió contrato de trabajo a término indefinido en la modalidad de salario integral con **ETB S.A. ESP**, para desempeñar el cargo de Vicepresidente de Hogares y Personas con una remuneración mensual de \$22'111.870. Señala que derivado del cambio de Alcalde, entre noviembre y octubre de 2015 requirieron informes detallados de las actividades de cada vicepresidencia, para luego, en el mes de enero de 2016 producirse cambio de presidente general de la pasiva con el nombramiento de Jorge Castellanos Rueda; quien desde el 18 de enero de 2016 solicito nuevamente un informe sobre las labores de cada vicepresidencia y desplegó actos de acoso personal y sistemático contra los miembros del comité de presidencia que laboraban desde la administración anterior, emitiendo comentarios negativos sobre la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

estrategia, formulando afirmaciones sobre la inviabilidad de la compañía y la responsabilidad de los directivos anteriores. Que, en reunión del 16 de febrero de esa anualidad, el nuevo presidente de manera personal solicitó a todos los vicepresidentes, entre ellos el actor, la desvinculación a su cargo con la entrega de las cartas de renuncia previamente elaboradas por el Gerente de gestión humana, bajo la advertencia de que quien no las firmara sería objeto de investigación de tipo disciplinario e incluso penal. Alude que por la conducta persistente de CASTELLANOS RUEDA, se vio obligado a suscribirla, situación que lo afectó moral y psicológicamente; que posterior a esa reunión, fue citado por el Presidente a su oficina donde le señaló la deficiencia en su labor pese al crecimiento de los indicadores comerciales y las ventas en los nuevos negocios. Agrega que el 18 de febrero de 2016 fue citado a Presidencia, donde CASTELLANOS RUEDA le manifestó la falta de confianza, procediendo a hacer efectiva la renuncia suscrita en días pasados pero sin recibir copia de tal documento y percibiendo únicamente \$6'549.743 por liquidación de prestaciones sociales. Precisa que en diversas entrevistas, el nuevo Presidente de la ETB realizó calificaciones negativas respecto de la administración anterior, lo que impidió el reingreso al campo laboral por GOMEZ GARCIA. Agrega que mediante diversos derechos de petición, reclamo a la pasiva la entrega de la carga de renuncia al cargo, la cual fue entregada luego de la interposición de acción de tutela; finalmente manifiesta que agoto la reclamación administrativa el 19 de octubre de 2107.

CONTESTACIÓN: La demandada **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que el contrato de trabajo de dirección, confianza y manejo suscrito con el accionante, finalizó por renuncia libre, espontánea y carente de cualquier vicio de consentimiento, pues lo ocurrido fue que el



Presidente expuso su visión de la empresa, cambio de proyectos, políticas y planes para un mejor futuro «y claro, planteara que quien no los compartiera y por tanto no aplicara todos sus esfuerzos en sacar adelante esa nueva concepción tendría que retirarse, si claro, lo aceptamos con lealtad procesal, que debería renunciar, independientemente que existiera o no una proforma o que cada cual lo hiciera de su puño y letra (...) eso no tiene nada de extraño». **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los titulados renuncia voluntaria sin vicios del consentimiento ajustada a derecho; inexistencia de causa para demandar; cobro de lo no debido; prescripción; pago; compensación; actuación de buena fe; inexistencia de la obligación de pagar; indemnización moratoria; perjuicios o costas procesales y, las que se prueben (folios 42 a 54).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 15 de septiembre de 2020, resolvió **declarar** la ineficacia de la renuncia presentada por el demandante; condenar a la ETB S.A ESP a reinstalar al demandante al cargo que venía desempeñando o a uno de similar categoría sin solución de continuidad, al pago de los salarios y aportes en seguridad social en pensiones desde el 16 de febrero de 2016 y hasta que sea reinstalado; **absolver** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra y, **condenar** en costas a la pasiva (CD a folio 91).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que de las pruebas recaudadas y en especial los testimonios absueltos, se logró evidenciar que en reunión del 16 de febrero de 2016 el presidente de la demandada le solicitó la renuncia a todos los vicepresidentes, con un formato ya elaborado y aduciendo que lo era como un acto de lealtad y compromiso con la compañía. Por lo que, al ser la renuncia un acto voluntario, libre y espontáneo del trabajador, como reflejo de su fuero interno y libre albedrío, es que se denota que tales características no se encontraron en la decisión del demandante, siendo firmada la carta de renuncia por indicaciones del Presidente de la compañía, dando paso a la ineficacia de la renuncia y con ello la reinstalación al cargo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que desempeñaba. Aclaró que al estar en el sector privado, no es viable hacer una asimilación con aquellos denominados libre nombramiento y remoción.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte DEMANDADA interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo en síntesis como reparos que en el *examine* no se presentaron vicios en el consentimiento por fuerza, dolo o error, sino que el fallo del *A quo* resulta sustentado en la teoría de la espontaneidad. Sin embargo, alude que el simple hecho de presentar una carta de renuncia básica, elemental, de muy pocos renglones y sin otra consideración, no tienen la fuerza para quitar la espontaneidad en la decisión del trabajador; en la medida que analizada la conducta del empleador se encuentra que no fue constreñido, inducido o sometido a la fuerza del engaño, como se indica en la sentencia SL 1352 del 2020; más aún cuando debe analizarse en el sentido de formación académica, experiencia en la vida y edad de cara a la presentación de un simple papel. Señala que de la declaración de Diana Barón Quiroga se logra extraer la eficacia del acto junto con su espontaneidad en la medida que el presidente no fue, no se dirigió a Carlos Gómez ni pasó puesto por puesto cuestionándoles si ya habían firmado, por lo que no puede llegarse al extremo de lo mencionado en la sentencia. Por último, menciona la altísima inconveniencia en la reinstalación del demandante.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: No se pronunció.

Parte demandada: Reclama se revoque el fallo en sustento de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en tanto, son ausentes



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

los actos externos eficientes para producir la dimisión y resulte nula o ineficaz. Resaltando que *«todo se reduce de acuerdo a lo probado, lo aceptamos, a la entrega silenciosa, un día, en una reunión donde se encontraban aproximadamente 12 personas, de una carta muy breve con texto de renuncia por parte del Gerente de Gestión Humana en Comité que podía firmarse o no, anotarse, glosarse, destruirse, firmarse y revocarse, como lo dice bajo juramento claramente la exvicepresidenta Diana Baron, único testigo no interesado, así como da fe en el sentido de que solo se percibió en la reunión o comité de presidencia del 16 de febrero de 2016 por parte de presidente de Etb, una preocupación por la situación de la Empresa y exigencia estrictamente de compromiso laboral y un discurso en materia de ética pública absolutamente normal y necesario frente a personas con tan altas responsabilidades»*, señalando que si no está viciado el consentimiento, no puede hablarse de renuncia provocada.

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

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

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las excepciones del *contestatorio*, las manifestaciones esbozadas por 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 alzada², el determinar si se configuran los presupuestos para declarar la existencia de una renuncia inducida o sugerida.

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 aceptado por la empresa demandada en la contestación del *introductorio*; lo que adicional se corrobora de los medios de convicción obrantes en el plenario, analizados bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT; en especial, copia del contrato de trabajo (fls. 3 a 6), carta de renuncia y aceptación (fls. 7, 21), copia de reportajes en medios periodísticos (fls. 9 a 10), liquidación final del contrato de trabajo (folio.11), derechos de petición y sus respuestas (fl. 12, 13, 22, 23), piezas procesales contentivas de acción de tutela (folios 14 a 20), interrogatorio de parte absuelto por el demandante y testimonios rendidos por Daniel Federico Vásquez Lavadi, Jaime Andrés García Cuello, Mauricio Vasco Mosqueveth y Diana Janet Barón Quiroga (CD folio 90); probanzas que no fueron tachadas de falsas por las partes y de las cuales se colige, que CARLOS ALBERTO GOMEZ GARCIA laboró al servicio de la demandada ETB S.A. ESP desde el 4 de octubre de 2012 bajo la modalidad contractual laboral de término indefinido, para desempeñar el cargo de Vicepresidente de Hogares y Personas con una retribución salarial integral en suma de \$20'018.158 (folios 3 a 6), que a la fecha de retiro acaecía el 18 de febrero de 2016, el salario ascendía a \$22'111.870³; supuestos de facto respecto de los cuales no existe discusión en esta segunda instancia.

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

³ Folio 11



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO – RENUNCIA INDUCIDA O SUGERIDA

Sobre el particular, justo resulta memorar que es a la parte que alega la configuración de un supuesto de hecho, quien se encuentra compelida a probar suficientemente el acaecimiento de tal circunstancia, carga probatoria que no muta o releva de demostrar el extremo que dio paso al fenecimiento de un contrato, con independencia de la forma en que terminó.

Así, en el presente asunto se advierte a folio 21 de las diligencias, carta del 16 de febrero de 2016 suscrita por el hoy convocante a juicio quien para el efecto manifestó:

«Respetado señor Presidente,

De manera atenta presento renuncia a mi cargo de Vicepresidente de Hogares y Personas a partir de la fecha.

Agradezco su atención.»

Pese a la claridad que deviene de la anterior misiva, la parte demandante centra su reclamo jurisdiccional en la invalidez de esta, aduciendo la orfandad en su voluntad para el cese de las actividades encargadas. Respecto de lo cual, la sociedad ETB S.A. ESP, repara en la construcción de los elementos necesarios para la producción de efectos y, en síntesis, reclama del Juez colegiado la declaratoria de convicción en la determinación de concluir el contrato de trabajo por el accionante.

Será entonces, bajo ese escenario, que se procederá a determinar si la hipótesis planteada por la apelante encuentra vía de prosperidad para la absolución de las condenas impuestas; resultando necesario indicar que la institución sustantiva reclamada por CARLOS ALBERTO GÓMEZ GARCÍA no ha sido ajena a la corporación de cierre de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

jurisdicción ordinaria laboral, quien en diversos pronunciamientos ha adoctrinado respecto a su naturaleza, diferencias y pautas para su materialización, enseñando desde la sentencia del 9 de abril de 1986 bajo radicación No. 69 que:

*«Renuncia es la **dejaación espontánea y libre** de algún bien o derecho por parte de su titular. **No puede ser un acto sugerido, inducido, ni mucho menos provocado o compelido por persona distinta de su autor.** Entonces, quien dimite de un empleo tiene pleno derecho para redactar a su libre albedrío la comunicación correspondiente, sin que su patrono pueda interferir la manifestación prístina del renunciante, porque, si así lo hace, **ya no habrá la espontaneidad esencial en cualquier dimisión sino una especie de orden que el empleador le imparte al subalterno suyo para que se retire del servicio.**»*

La renuncia pedida o insinuada en los términos de su presentación por aquél que debe resolver sobre ella no es renuncia verdadera sino apariencia simple de una dimisión que, por consiguiente, no es equiparable jurídicamente a un retiro voluntario del servicio por parte del empleado cuando se trata de esclarecer las circunstancias en que terminó un contrato de trabajo. (acentúa la sala).

Al respecto, en sentencia SL 1352 de 2020, esa Alta Corte clarificó las diferencias que se presentan entre la renuncia inducida y el despido indirecto, trayendo para tal efecto las precisiones vislumbradas en sentencia RAD. 13648 de 2001, al indicar:

«Debe precisarse inicialmente, ante la evidente confusión del Tribunal, que los conceptos “renuncia inducida o sugerida” y el “despido indirecto o auto despido”, son totalmente independientes y con caracteres bien definidos.

*En el **primero** de los eventos señalados, **la libre y espontánea voluntad del trabajador encaminada a obtener el rompimiento del vínculo contractual, a que debe obedecer toda renuncia, se encuentra viciada por actos externos, tales como la fuerza o el engaño.** Actos que, como se ha dicho, cuando provienen del empleador lo constituyen en el único responsable de los perjuicios que la terminación contractual cause al trabajador, como verdadero promotor de ese rompimiento (sent. mayo 31 de 1960, G.J. PAG. 1125). No se requiere, en este caso, que a la terminación del contrato el trabajador manifieste los verdaderos motivos que lo inducen a renunciar; pero, en el eventual proceso **sí tiene la carga de demostrar que su voluntad estuvo viciada al momento de romper el vínculo contractual por una cualquiera de estas conductas asumidas por el empleador.***

(...)

*En ambos casos, como es el trabajador quien exterioriza una voluntad dirigida a finiquitar la relación contractual, es quien corre con toda la contingencia de demostrar, o que **su real voluntad se vió afectada por actos externos y***



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

eficientes de su empleador tendientes a obtener su dimisión y que, por lo tanto, es el verdadero gestor de la terminación de contrato, caso en el cual se estaría frente a una renuncia inducida o constreñida; o que, su empleador incurrió en cualquiera de las causales de terminación del contrato contempladas en el literal b) del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, señaladas en la carta de renuncia.»

Resaltando en la sentencia SL 3089-2014, como efectos de la renuncia sugerida:

«Sobre los efectos de la renuncia presentada con vicios del consentimiento:

Asentó en dicha oportunidad esta Corte:

(...)

De lo anterior fluye que la renuncia presentada como resultado de la irresistible presión ejercida por el empleador, es una declaración de voluntad que adolece de un vicio del consentimiento, por tanto no ha de producir efectos; es decir, para ser más exactos en esta oportunidad, conforme al artículo 1740 del CC, el acto es nulo y, al ser declarada judicialmente nula la renuncia, en los términos del artículo 1746 ibídem, las partes tienen el derecho «para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo...», lo que equivale concluir que el contrato de trabajo no finalizó a consecuencia de la nulidad de la renuncia.»

Descendiendo al *sub judice*, se evidencia del interrogatorio rendido por el accionante y los testimonios absueltos por Daniel Federico Vásquez Lavadi, Jaime Andrés García Cuello, Mauricio Vasco Mosqueveth y Diana Janet Barón Quiroga (CD folio 90), que el 16 de febrero de 2016 en desarrollo del Comité de Dirección, el Presidente de la compañía Doctor Jorge Hernán Castellanos Rueda mientras exponía los cambios a realizar, señaló la presencia de cartas de renuncia para ser firmada por todos los Vicepresidentes. Al respecto, manifestó el convocante a juicio que uno de sus compañeros de nombre Mauricio Vasco, adujo no firmar tal documento, a lo cual el director lo requirió para que se retirara de la junta y con posterioridad, el mismo día, le fue terminado el contrato de trabajo. Mientras tanto, el citado presidente le señaló que la renuncia demostraba el compromiso con la administración y con las acciones que si iban a adelantar por lo que, de no imponerle rubrica se daría paso a investigaciones disciplinarias y penales.



Señala que después de suscribirse el legajo por todos los vicepresidentes, entre ellos el accionante, CASTELLANOS RUEDA manifestó lamentarse por hacerlos pasar por tal ejercicio; no obstante el 18 de símil mes y año el promotor del proceso fue citado ante la oficina de presidencia, donde le hicieron efectiva la carta de renuncia, encontrándose sorprendido dado que en su fuero interno el entendió que lo sucedido en días anteriores era una prueba de no tener vinculación con la administración anterior, como si fuera una invitación a un ejercicio financiero, pero en ninguna manera una desvinculación laboral, adicionó que de las personas que firmaron la carta de renuncia, a todos se les hizo efectiva, bien de manera pronta ora lejana.

En lo que respecta a los deponentes Daniel Federico Vásquez Lavadi, Jaime Andrés García Cuello y Mauricio Vasco Mosqueveth, se corrobora que de manera unánime y sin asomo de duda precisaron que al momento de ponerles de presente la carta de renuncia, la forma en que fue expuesta conducida a una iniciativa para el mejoramiento de la empresa, pero con la advertencia de iniciar investigaciones administrativas y penales en la búsqueda de irregularidades de no imponerse la firma, con la acotación adicional de contar con las liquidaciones ya calculadas; que una vez recaudadas por el Gerente de talento humano, adujeron que se trataba de un experimento social para vislumbrar el compromiso con la organización. Motivo por el cual, ratificaron que la misiva no era una decisión de renuncia sino un compromiso.

En lo que concierne a la testigo Diana Janeth Barón Quiroga, quien actualmente continua laborando en la pasiva y para la fecha del 18 de febrero del 2016 llevaba únicamente un mes de funciones, señaló que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

en la reunión tantas veces memorada el Presidente presentó su preocupación por la situación de la compañía, haciendo énfasis en el compromiso que solicitaba de los vicepresidentes siendo, en ese escenario, que hizo ingresar a Eduardo Charry como Gerente de talento humano para presentarles las cartas de renuncia en pre formato donde, en el contexto de la conversación *«fue más un acto de compromiso, era un compromiso de que estas comprometido, estaban los vicepresidentes, con el discurso que estaba hablando Jorge»*, compartiendo su preocupación, pero sin presionar o engañar, en tanto sería un compromiso ético con la compañía. Resalta que, a todos los presentes en la reunión con excepción de ella, les hicieron efectiva la renuncia, pero en diferente fecha.

De la comprobación de los elementos de convicción incorporados a juicio y relacionados de manera precedente, innegable resulta ratificar la sentencia de primera instancia, en tanto se advierte la inexistencia de aquella expresión libre, espontánea y veraz en la dejación del cargo por GOMEZ GARCIA, en tanto permiten concluir que la rúbrica impuesta a la misiva adosada a folio 21 del plenario, lo fue por las apreciaciones realizadas por el Presidente de la compañía que, en la génesis de la conversación, implicó la búsqueda de un compromiso con la nueva gerencia, pero en manera alguna la terminación de la relación contractual.

Denotando entonces, que el uso posterior del documento de renuncia no solo implicó un acto cubierto con mala fe, sino que además conduce a advertir el cumplimiento de las pautas jurisprudenciales relacionadas en líneas anteriores para la construcción de la renuncia inducida, que en su literalidad reclaman el engaño, el constreñimiento y la falta de espontaneidad en la decisión de finiquitar el vínculo; de suerte que ante la orfandad de una manifestación de voluntad libre de presiones por



encontrarse «viciada por actos externos, tales como la fuerza o el engaño»⁴, conducen sin dubitación alguna a determinar el acierto en el derecho concedido en primera instancia.

Razones por las cuales, al vislumbrarse que el suceso precedió de coerción y provocado por su empleador, quien elaboró el documento que luego fuera suscrito por el trabajador, dan lugar a la sanción impuesta, sin que salga avante aquella manifestación del apelante dirigida a determinar que el Presidente de la ETB S.A. ESP nunca reclamó de manera directa y personal a Carlos Gómez García la suscripción del documento con acotaciones amenazantes, pues no puede olvidarse que en ámbito de las relaciones laborales enmarcadas y direccionadas por un orden jerárquico como el advertido en el devenir procesal, las alusiones referentes a iniciar posibles investigaciones administrativas o penales junto con el anhelo de determinar quién resultaba estar a fin con su modelo de administración, implican de contera una alusión vinculante para quien se encuentra subordinado, como en este caso es GOMEZ GARCIA.

Así la cosas, tal como lo determinó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la jurisprudencia citada, no existió una renuncia y en consecuencia, se confirmara lo dispuesto por el *A quo*, resaltando que ante la falta de reparo respecto de la consecuencia judicial de reintegro, esta sala de decisión se encuentra impedida en desplegar declaración alguna al respecto.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancias las costas estarán a cargo de la parte demandada,

⁴ Sentencia SL 1352 de 2020



ante la ausencia de prosperidad en el reparo elevado, se tasan como agencias en derecho la suma de \$800.000, liquídense en primera instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 15 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **CARLOS ALBERTO GÓMEZ GARCÍA** contra la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A ESP**, atendiendo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancias las costas estarán a cargo de la parte demandada, se tasan como agencias en derecho la suma de \$800.000, liquídense en primera instancia.

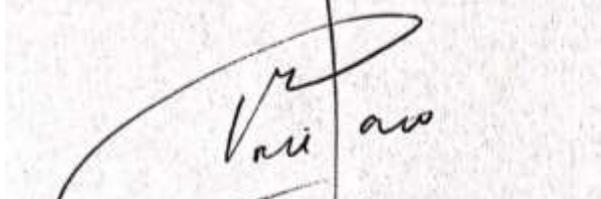
Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los catorce (14) días del mes de diciembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **BEATRIZ EUGENIA ESCOBAR ISAZA** a través de apoderada judicial, pretende se declare la ineficacia de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a la AFP Protección S.A; en consecuencia, solicita se condene a la AFP Protección S.A., a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones todos los dineros con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales junto con los rendimientos que se hubieren causado, incluyendo gastos de administración; se condene a Protección S.A., en caso de haber reconocido la pensión de vejez, a continuarla pagando hasta tanto sea incluida en nómina pensional en Colpensiones, lo que resulte probado *ultra y extra petita* y condenar a las demandas a las costas y agencias en derecho. (fl. 6).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 a 5 de las diligencias, que en síntesis advierten, que se vinculó con el extinto Instituto de los Seguros Sociales desde el 3 de mayo de 1994; que el 13 de noviembre de 1998, se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Protección S.A; que al momento del traslado el asesor del fondo se limitó a diligenciar un formato sin entregarle información completa, veraz y suficiente frente a las consecuencias, beneficios y e impactos del traslado en torno a su derecho pensional; que no se le



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

entregó proyecciones ni comparativos pensionales; que no se le explicó el funcionamiento del RAIS que solicitó de la AFP información respecto a la información que le entregó al momento de realizar el traslado, sin que la encartada atendiera tal pedimento; que petitionó de Colpensiones la anulación del traslado, la cual fue despachada negativamente; que en el evento de haber continuado cotizando en el RPM, su prestación pensional sería superior a la obtenida en el RAIS.

CONTESTACIÓN: la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que al momento de trasladarse de régimen pensional la demandante gozaba de plena autonomía y era consciente del negocio jurídico celebrado, del mismo modo señaló que no se cumplen los presupuestos para declarar la nulidad o la ineficacia del traslado, en tanto no se acreditó la existencia del vicio en el consentimiento, sumó a ello, que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público, buena fe y la innominada o genérica. (fl.234 a 250).

A su turno, la encartada **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en el escrito demandatorio al considerar, que en el presente asunto la sociedad ha actuado de buena fe, en tanto el acto de vinculación de la demandante se dio de forma libre y voluntaria, cumpliendo los lineamientos legales establecidos por la norma que gobernaba el asunto para la época de suscripción del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

formulario de afiliación, sumó a lo anterior, que al interior del proceso no se acreditó vicio alguno en el consentimiento que lleve a declarar la nulidad y mucho menos la ineficacia de la afiliación de la actora al RAIS. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (fl. 1 a 21 del archivo de contestación de la demanda anexo al expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 26 de octubre de 2020, resolvió **declarar** la nulidad e ineficacia del traslado de régimen realizado por la accionante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, teniéndola como válidamente afiliada al RPM; **condenar** a la AFP Protección S.A., a trasladar la totalidad de sumas de dinero recibidas de la demandante por concepto de aportes, junto con los intereses, rendimientos y demás frutos civiles, sin que sea posible descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración, seguros, entre otros; **condenar** a Colpensiones a recibir a la actora en el RPM como si nunca se hubiere trasladado; **condenar** en costas a la AFP Protección S.A. (fl. Cd. 269).

Lo anterior por considerar el *a quo* que una vez revisados los requisitos de validez del acto de afiliación de la demandante a la AFP demandada, en principio se logra establecer el cumplimiento de todos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

y cada uno de los presupuestos normativos para que el acto sea válido, sin embargo, y conforme lo ha enseñado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en su doctrina probable y de obligatorio cumplimiento, surge patente una obligación en cabeza de las Administradoras de Fondos de Pensiones, desde su creación, en torno al deber de asesoría y buen consejo, mismo que no se acreditó en el plenario pues tan sólo se allegó el formulario de afiliación.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandada **FONDO DE PENSIONES CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, elevó recurso de apelación de forma parcial contra la anterior determinación, en el que afirma como motivos de disidencia, que no resulta procedente impartir condena por concepto de devolución de la comisión de administración y los costos de seguro provisional, en tanto son descuentos avalados por la ley y que fueron destinados para el fin para el cual fueron creados, sumó a ello, que de acceder a dicha devolución, surge entonces un detrimento en el patrimonio de la sociedad.

CONSULTA

Surtidos los términos procesales, como quiera que Colpensiones no formuló recurso de apelación contra la determinación de primera instancia, y al resultarle desfavorable a sus intereses dicha decisión, el expediente fue remitido a fin que se surta el grado jurisdiccional de Consulta a favor de la Entidad, de conformidad con el artículo 69 del CPL.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Parte demandante: No se pronunció.

Parte demandada: **COLPENSIONES** indica que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse. Reclama la atención en la carga de la prueba y la sostenibilidad financiera.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folios 61 a 63 del informativo.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por la demandada Protección S.A., en el recurso de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 BEATRIZ EUGENIA ESCOBAR ISAZA al régimen de ahorro individual administrado por EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 46 a 49); derecho de petición radicado ante Protección S.A. (fl. 52); respuesta al derecho de petición emitida por la AFP Protección S.A. (fl. 53); formulario de afiliación emitido por Protección S.A. (fl. 54); historia laboral emitida por Protección S.A. (fl. 55 a 60); reclamación administrativa y su contestación (fl. 61 a 63); copia de la cédula de ciudadanía de la accionante (fl. 68); comunicados de prensa (fl. 182 a 205); análisis comparativo de situación pensional (fl. 206 a 227); expediente administrativo (fl. 251); reporte Siafp emitido por Asofondos (fl. 30 exp. Digital); resumen de historia laboral emitido por Protección S.A. (fl. 32 y 33 exp. digital); reporte de estado de cuenta emitido por Protección S.A. (fl. 34 a 45 exp. digital);

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de 3 de abril 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que 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 acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.



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

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

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

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

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

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

1. *Debida Diligencia.* Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.
2. *Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.* Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.
3. *Manejo adecuado de los conflictos de interés.* Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

TEORIA DEL CASO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 3 de mayo de 1994 tal como se advierte de la historia laboral que reposa a folios 46 a 49 del informativo, para luego trasladarse a la AFP Protección S.A., el 13 de noviembre de 1998 (fl. 54), aspectos que se pueden confirmar con la información contenida en el reporte Siafp



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

emitido por Asofondos y que reposa a en medio magnetofónico visto a folio 269 del expediente, fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada la demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP 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 (fl. 54).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativa en afirmar que al momento del traslado la única información que le brindaron fue que el seguro social se iba a acabar y que la mejor opción pensional era trasladarse de régimen y vincularse con el fondo privado, sin que más allá de ello, se le indicara asesoría alguna diferente. (Cd. Fl. 269).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

En virtud de lo hasta aquí expuesto, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó la sentenciadora de primer grado, pues se itera, al interior del proceso se acreditó la existencia del vicio en el consentimiento del afiliado, el cual decanta en la anulación del acto jurídico del traslado.

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



concepto en atención a que tales gastos se encuentran proscritos por la legislación colombiana y el fondo los destinó para el fin para el cual fueron creados.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones»

En tal virtud, no le asiste razón a la apelante al censurar la condena por concepto de devolución de los gastos de administración y demás, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la nulidad o ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para las AFP, de reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones causadas, suma a ello, que no puede desligarse dichos gastos de la incidencia pensional que aquellos tiene frente al derecho pensional, pues los mismos ayudan a construir tal expectativa prestacional, por lo que no puede hablarse de prescripción sobre este tipo de dineros. En consecuencia, se confirmará la decisión adoptada en primera instancia sobre este aspecto.

Por último, resulta pertinente aclarar, que la decisión aquí adoptada en manera alguna le causa perjuicio a Colpensiones, pues la afiliada se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

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

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la apelante AFP Protección S.A., dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 26 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **BEATRIZ EUGENIA ESCOBAR ISAZA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, y el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

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

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

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



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

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los catorce (14) días del mes de diciembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Francisco José Molano Achury** identificado con

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

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

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

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



cedula de ciudadanía No. 1.023.929.755 y tarjeta profesional 313.751 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colfondos S.A., por sustitución concedida por el Dr. Edgar Elias Muñoz Jassir.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **LEONIDAS VÁSQUEZ GONZÁLEZ** a través de apoderado judicial, pretende se declare nula o ineficaz la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó ante la AFP Colfondos S.A, y aquellas que se dieron con posterioridad a esta; en consecuencia, solicita se condene a la AFP Colfondos S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos a que haya lugar; condenar a Colpensiones a activar la afiliación, lo que resulte probado *ultra y extra petita* y condenar a las demandas a las costas y agencias en derecho. (fl. 2 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 y 4 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 27 de enero de 1959; que comenzó a cotizar en pensión ante el Instituto de los Seguros Sociales el 15 de mayo de 1978; que en mayo de 1997, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías; que al momento del traslado no se le informó sobre las consecuencias, ventajas y desventajas que acarrearía el traslado de régimen pensional; que no se le puso en conocimiento escenarios comparativos de pensiones entre los dos regímenes; que acredita más de 1.850 semanas cotizadas a pensión;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que en abril de 2017, contrató los servicios de asesoría para conocer el monto de la pensión; que el 4 de julio del 2017, radicó ante Colfondos solicitud de anulación de su afiliación; que la AFP le contestó que su traslado se había dado de forma libre y voluntaria; que petitionó de Colpensiones activar su afiliación, la cual no fue acogida por la Entidad.

CONTESTACIÓN: la demandada la encartada **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en el escrito demandatorio al considerar, que el demandante no es beneficiario del régimen de transición lo que le impide trasladarse de régimen pensional en cualquier tiempo, del mismo modo, el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado contenida en la Ley 979 de 2003, sumó a ello, que no se dan los presupuestos y tampoco se probó la existencia de vicio alguno en el consentimiento que conlleve a la anulación del negocio jurídico celebrado entre las partes. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios del consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe y la innominada o genérica. (fl. 190 a 215 del expediente digital).

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que el demandante no es beneficiario del régimen de transición lo que le impide el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en cualquier tiempo, del mismo modo, el accionante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado que trata el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, sumó a ello, que el acto de afiliación no adolece de causal alguna de nulidad o ineficacia que le reste validez al acto jurídico que celebraron las partes allí intervinientes. **Excepciones:** Formuló como



medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (fl. 242 a 263 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 2 de octubre de 2020, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, que se hizo efectivo el 1° de junio de 1997 con la AFP Colfondos S.A; **condenar** a la AFP Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, con inclusión de las cotizaciones, sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otra; **declarar** no probada la excepción de prescripción; **condenar** en costas a la AFP Colfondos S.A. (fl. archivo digital anexo al expediente digital).

Lo anterior por considerar el *a quo* que de tiempo atrás la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha establecido el deber que le asiste a las AFP, desde su creación, de asesoría y buen consejo, el cual debe acreditarse para de ese modo establecer sin asomo de duda que la decisión del afiliado estuvo precedida de su consentimiento y voluntad, además que la misma se tomó de manera libre y espontánea, trasladándosele así la carga de la prueba a la AFP, para que sea esta la que pruebe el cumplimiento del citado deber de información. De ese modo, al estudiar las pruebas acopiadas en el informativo, no logró acreditar dicho aspecto.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 si bien es cierto, los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia se encaminan a que el deber de información debe estar presente indistintamente si los afiliados son o no beneficiarios del régimen de transición, lo cierto es, que el deber de información ha venido variando con el tiempo. y no es posible imponer cargas probatorias adicionales a las AFP a las allí existentes, sumó a ello, que existió un verdadero interés del afiliado de continuar vinculado con la AFP, ello en tanto su afiliación se prolongó por más de 20 años, sin que se pueda desconocer los deberes de los consumidores financieros. Por ultimo señaló, que el principio de estabilidad financiera se encuentra comprometido con la decisión del *a quo*.

A su turno, la demandada **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS**, censuró la determinación a la que arribó la sentenciadora de primer grado, al considerar, que en el presente asunto el demandante suscribió el formulario de afiliación de forma libre y voluntaria, entendiéndose ello como un consentimiento libre e informado, del mismo modo señaló, que al interior del proceso no se logró demostrar la existencia de algún tipo de vicio en el consentimiento y si se presentó algún tipo de error, aquel fue de derecho, aspectos estos que en manera alguna pueden decantar en la anulación del acto jurídico de traslado.



ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Guardó silencio.

Parte demandada: La demandada Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías petitiona la absolución de la entidad frente a las pretensiones de la demanda, al considerar, en esencia, que en el presente asunto no es posible acceder a la anulación del acto jurídico de traslado, en tanto el demandante no es beneficiario del régimen de transición lo que le impide efectuar un cambio de régimen en cualquier tiempo, sumó a ello, el accionante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado contenida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Por último, señaló que no existe prueba que permita establecer el acaecimiento de vicio alguno en el consentimiento que conlleve a la anulación o ineficacia del negocio jurídico celebrado por las partes.

A su turno, la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, petitionó se revoque la sentencia de primera instancia con base a que no es procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado, en tanto el demandante se encuentra inmerso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, lo que le impide trasladarse de régimen pensional en cualquier tiempo, sumó a ello, que para el momento de la afiliación al fondo privado, la AFP cumplió con el deber legal de asesoría que se le imponía por ley para dicha data.

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



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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folios 31 a 33 del informativo.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por las demandadas en 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 LEONIDAS VÁSQUEZ GONZÁLEZ al régimen de ahorro individual administrado por EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia



de la cédula de ciudadanía del actor (fl. 18); formulario de vinculación emitido por Colfondos S.A. (fl. 19 y 216); historia laboral emitida por Colfondos S.A. (fl. 20 a 25); historia laboral para iniciar proceso de reclamación de pensión emitido por Colfondos S.A. (fl. 26); solicitud elevado ante la AFP Colfondos (fl. 27 a 30); reclamación administrativa (fl. 31 a 33); respuesta emitida por Colfondos S.A. (fl. 34 a 36); resumen de historia laboral (fl. 37 a 39); respuesta emitida por Colpensiones (fl. 40 a 42); estudio pensional (fl. 44 a 57); comunicación dirigida por la Superintendencia Bancaria (fl. 217 a 220); comunicaciones de prensa (fl. 221 a 223); historial de vinculaciones (fl. 224 a 228); certificación emitida por Colfondos (fl. 229); estado de cuenta emitido por Colfondos (fl. 230 a 237). Documentales que se encuentran acopiadas en el 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 1º, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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



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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de



los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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

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

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o



aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado. Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

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

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta.



Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

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

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

TEORIA DEL CASO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 6 de diciembre de 1989 tal como se advierte de la historia laboral adjunta al expediente digital, para luego trasladarse a la AFP Colfondos S.A., el 23 de mayo de 1997 (fl. 19 del expediente digital), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado el accionante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Colfondos S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz,



oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 19 del expediente digital).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativo en afirmar respecto a la asesoría brindada que *«En el año 1997, recibimos información del departamento de recursos humanos y alguna persona de Colfondos o del fondo de pensiones, en donde nos decían que lo mejor para nosotros era cambiar del Seguro Social en esa época a uno de los fondos que en esos momentos era Colfondos, que porque el Seguro Social se iba a acabar, fue la noticia que recibimos y la mayoría sin recibir mayor información firmamos un formulario, la solicitud de traslado y ahí quedamos»*. (archivo magnetofónico anexo al expediente digital).

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

Por manera que, la sociedad Colfondos S.A., incurrió en una falta al deber de información, el cual perjudica las condiciones pensionales del demandante, obligación que era de imperioso cumplimiento al momento de la afiliación, sin omitir ningún tipo de dato (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas



que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora.

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

En virtud de lo hasta aquí expuesto, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó la sentenciadora de primer grado, pues se itera, al interior del proceso se acreditó la existencia del vicio en el consentimiento del afiliado, el cual decanta en la anulación del acto jurídico del traslado.

Por último, resulta pertinente aclarar, que la decisión aquí adoptada en manera alguna le causa perjuicio a Colpensiones, pues la afiliada se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

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

COSTAS

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las apelantes AFP Colfondos S.A., y Colpensiones dado el resultado de la alzada, se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000, para cada una.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 2 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **LEONIDAS VÁSQUEZ GONZÁLEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, y COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS,** conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

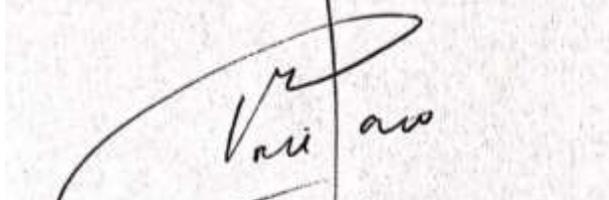
SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las apelantes AFP Colfondos S.A., y Colpensiones dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000, para cada una.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ANDREA DEL PILAR TRUJILLO FALLA** CONTRA LA SOCIEDAD **CITIBANK COLOMBIA S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los catorce (14) días del mes de diciembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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



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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **ANDREA DEL PILAR TRUJILLO FALLA** a través de apoderada judicial, persigue la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido que laató con la demandada en el interregno comprendido entre el 17 de agosto de 2010 y el 30 de abril de 2018, el cual finalizó sin mediar justa causa y de forma unilateral por parte del empleador, del mismo modo, pretende que se declare, que los emolumentos devengados y denominados propagada banco y R. transporte, son constitutivos de salario; como consecuencia de las anteriores declaraciones, solita se condene a la encartada al reconocimiento y pago de la reliquidación de sus prestaciones sociales causadas durante la vigencia de la relación laboral, así como de los aportes a seguridad social integral; al pago de la sanción prevista en el artículo 64 del C.S.T., y las sanciones establecidas en los artículos 65 del mismo Compendio Sustantivo y 99 de la Ley 50 de 1990; la indexación de las sumas reconocidas; lo que resulte probado ultra y extra petita y las cosas y agencias en derecho. (fl. 75 a 77 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 75 a 80 de las diligencias, en los que en síntesis advierte que suscribió un contrato de trabajo con la encartada a término indefinido el cual se desarrolló en el interregno de 17 de agosto de 2010 al 30 de abril de 2018; que el último cargo desempeñado fue el de Ro Priority; que durante la vigencia del contrato de trabajo la demandada le canceló una suma líquida por concepto «R. TRANSPORTE» y «PREPAGADA BANCO»;



que dichos conceptos fueron incluidos como ingreso laboral en el certificado de ingresos y retenciones emitido con destino a la DIAN; que aquellos no contaron con pacto de exclusión salarial; que la accionada al momento de liquidar las prestaciones sociales, aportes a seguridad social y parafiscales, no tuvo en cuenta los conceptos ya antes referidos; que el último salario promedio mensual devengado fue de \$7.282.847; que adicional a ser trabajadora de la entidad también ostentó la calidad de cliente de la entidad Bancaria; que apertura un CDT ante el Citibank Colombia por la suma de \$40.000.000; que el 9 de abril de 2018, remitió desde su correo corporativo un comunicado a la dependencia de depósitos de la accionada, en la que informó su doble condición de cliente y empleada de la entidad y solicitó la aplicación de una tasa especial para su CDT; que el mismo 9 de abril de 2018, la empleadora le confirmó la tasa de 4.20% EA; que el 30 de abril de 2018, fue citada a descargos; que en la citación no se le indicó cuál de los procedimientos del banco fue el que trasgredió; que no se le puso en conocimiento las pruebas en las que se fundó la convocatoria a descargos; que el 30 de abril de 2018, se le comunicó de la terminación del contrato de trabajo; que en dicho comunicado no se le indica la causal de terminación; que la tasa conferida es la misma que se le otorga a clientes internos o externos del banco; que no es la persona al interior del banco encargada de ofertar las tasas de los CDT.

CONTESTACIÓN: La sociedad demandada **CITIBANK COLOMBIA S.A.**, al descorrer el traslado de la demanda, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en aquella, al considerar, en esencia, que la actora fue requerida por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, las cuales conocía no sólo porque estaban establecidas en el Código de Ética de la empresa, sino por los entrenamientos periódicos que se le realizaron, por lo que la decisión de terminarle el contrato de trabajo no emergió de manera



unilateral y sin mediar justa causa, por el contrario, se fundó en el grave incumplimiento de las obligaciones y procedimientos establecidos por la empresa, sumó a ello, que los conceptos denominados «R. TRANSPORTE» y «PREPAGADA BANCO», no pueden ser tenidos en cuenta como factor salarial, pues así se estipuló desde la suscripción del contrato de trabajo que ató a las partes. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa en la demandante, enriquecimiento sin causa de la demandante, buena fe, mala fe de la demandante y la genérica. (fl. 114 a 159).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 30 de septiembre de 2020, **condenó** a la demandada a reconocer y pagar a la demandante la suma de \$24´419.967 por concepto de indemnización por despido sin justa causa; **absolver** a la encartada de las demás pretensiones formuladas en su contra; **declarar** no probada la excepción de prescripción y **condenar** en costas a Citibank Colombia S.A. (archivo magnetofónico anexo al expediente digital).

Lo anterior por considerar el *a quo* que en el presente asunto no existe duda en torno a la existencia del contrato de trabajo que ató a las partes y sus extremos temporales, pues aquello se constató con la documental aportada y la aceptación de las partes. Ahora bien, en lo que atañe a la reliquidación de prestaciones sociales, señaló que no es posible tener como factor salarial los conceptos que aduce la demandante no le fueron tenidas en cuenta para liquidar sus prestaciones sociales, en tanto las partes estipularon en el contrato de trabajo su exclusión, del mismo modo constituyen beneficios extra legales que no buscaban la remuneración de la actora. Por último, en



lo atinente al despido sin justa causa, tuvo por no acreditada la justa causa para despedir, por lo que sobre este punto se fulminó condena.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante ANDREA DEL PILAR TRUJILLO FALLA, interpuso recurso de alzada, en el que solicita la revocatoria parcial de la sentencia impugnada, al considerar que en lo atinente a los conceptos de R. Transporte, el mismo es diferente a aquel reembolso establecido por la encartada, pues para que se hable de reembolso, la accionante debió presentar facturas a efectos de recaudar el dinero, del mismo modo, dicho concepto no se encuentra contemplado en la causal de exclusión. Y en lo que atañe al concepto de prepagada banco, aquel no se encuentra taxativamente plasmado en la cláusula de exclusión, aunado a que el dinero se giró de forma directa a beneficio de la trabajadora y no a terceros. Por último, señala que al resultar patente la condena a la reliquidación de las prestaciones sociales, es que se debe impartir condena sobre tal aspecto y con ello, también respecto a la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T.

A su turno, la demandada **CITIBANK COLOMBIA S.A.,** censuró la determinación a la que arribó la sentenciadora de primer grado, al considerar que en el contrato de trabajo, en la cláusula 6ª literal 1), se pactó como justas causas para despedir el incumplimiento por omisión o acción de cualquiera de las obligaciones, procedimientos y en general instrucciones impartidas o establecidas por el empleador, en su reglamento interno de trabajo, en otros reglamentos, códigos de conducta, manuales de ética, manuales de procedimientos o libros de políticas y de toda instrucción general o particular impartida de forma verbal, escrita o electrónica por parte del dador de laborío, presupuestos que se acreditaron en el informativo, por cuanto la



demandante no acató el procedimiento establecido en el Boletín 050, que establece las pautas para dar apertura el CDT.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: En la oportunidad procesal concedida, la parte accionante allegó escrito de alegaciones de conclusión, en el que petitionó revocatoria parcial de la sentencia de primera instancia con base a que en el presente asunto es completamente comprobable que los conceptos denominados R TRASNPORTE y PREPAGADA BANCO, sí constituyen salario y debieron ser tenidos en cuenta al momento de liquidarse las prestaciones sociales a que tiene derecho, ello, en tato en el caso del primer concepto, nunca se pasó facturas que soportaran el gasto de transporte, por lo que no puede entenderse como concepto de reembolso de gastos de trasporte, este último el cual sí se encuentra excluido como factor salarial, en tanto al segundo concepto, esto es, PREPAGADA BANCO, aquella no debió ser cargada a favor de la trabajadora, pues si el banco había decidido otorgar un beneficio, el mismo debió imputarse a favor del tercero contratante, sumó a ello, que en ninguno de los dos eventos, existe pacto de exclusión concreto sobre cada uno de los devengos que percibió durante el tiempo que prestó sus servicios para la encartada.

Parte demandada: No se pronunció.

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



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

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el libelo demandatorio y los fundamentos dados en los recursos de alzada, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales conforme el artículo 66A del CPL, procede a determinar cómo problema jurídico a resolver si entre las partes existió un vínculo de carácter laboral que se desarrolló en el interregno comprendido entre el 17 de agosto de 2010 al 30 de abril de 2018.

De ser afirmativa la anterior premisa, establecer si le asiste derecho a la demandante a que le sean reliquidadas sus prestaciones sociales, así como los aportes a seguridad social y parafiscales, teniendo en cuenta para tal efecto, las sumas dinerarias que recibió por concepto de «PREPAGADA BANCO» y «R. TRANSPORTE» durante la vigencia del vínculo contractual; del mismo modo, establecer la procedencia de condena por concepto de sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., y la indemnización por despido sin justa causa contemplada en el artículo 64 del citado Compendio Adjetivo.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia en esta segunda instancia, la existencia del vínculo laboral que existió entre la demandante y la sociedad demandada Citibank Colombia S.A., pues la misma fue así aceptada por las partes, del mismo modo tal circunstancia se logra acreditar con la documental que fue allegada al informativo y que reposa a folios 24 a 26, 38 a 40, 66, 67 y 161 a 163, del expediente digital, consistentes



en otro sí al contrato, carta de terminación del vínculo contractual, liquidaciones definitiva de prestaciones sociales y contrato individual de trabajo, en su respectivo orden; razón por la cual, no se hace necesario mayor estudio frente a este aspecto.

RELIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES, APORTES A SEGURIDAD SOCIAL Y PARAFISCALES

La controversia en el *sub lite*, se centra en el inconformismo planteado por la demandante en torno a la no inclusión como factor salarial de los emolumentos percibidos por conceptos de «PREPAGADA BANCO» y «R. TRANSPORTE», lo cuales a su sentir, debieron ser parte integral de la liquidación de sus prestaciones sociales, aportes a seguridad social y aportes a parafiscalidad, pues los mismos ostentan una naturaleza salarial; entre tanto, la demandada señala que dichos conceptos se encuentran debidamente excluidos del salario, desde la misma suscripción del contrato de trabajo y por ser beneficios extralegales que no buscan la remuneración de la trabajadora.

Para resolver, se tiene que el artículo 127 del C.S.T., modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, dispone que «*Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones*».

A su turno, el artículo 128 del mismo Compendio Sustantivo señaló que «*No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer*».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL 4342 de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo al momento de estudiar la incidencia salarial de los devengos de un trabajador, moduló que:

«Ahora bien, el hecho de que el ad quem no lograra determinar su finalidad y los requisitos para su causación, no era óbice para emitir una condena al respecto, pues como bien ha señalado esta Sala, por regla general, todos los pagos recibidos por el trabajador por su actividad subordinada son salario, a menos que: (i) se trate de prestaciones sociales; (ii) de sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones; (iii) se trate de sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador; (iv) los pagos laborales que por disposición legal no son salario o que no poseen un propósito remunerativo, tales como el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación, y (v) según el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo: «los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad» (CSJ SL1798-2018).

Entonces, como el supuesto del artículo 128 ibidem es una excepción a la generalidad salarial de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, el legislador exigió un pacto expreso, claro y específico acerca de qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial, de modo que no son eficaces las cláusulas globales o genéricas, como tampoco la interpretación o lectura extensiva de las estipulaciones contractuales a efectos de incorporar pagos que no fueron objeto de pacto, como equivocadamente lo hizo el ad quem en el presente asunto (CSJ SL1798-2018)»



Del anterior contexto normativo y jurisprudencial se extrae, que sin importar la denominación que se le dé al beneficio económico que perciba el trabajador como contraprestación de la prestación del servicio, será constitutivo de salario, siempre que sea habitual y que no se haya acordado expresamente lo contrario, así mismo, que las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no sea para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio.

Al descender al caso debatido se tiene, que en efecto, la demandante percibió los emolumentos denominados «PREPAGADA BANCO» y «R. TRANSPORTE», tal como se aprecia de los desprendibles de nómina allegados al informativo y que reposan a folios 53 a 65 del expediente digital.

Ahora bien, con el ánimo de establecer si dichos conceptos tienen incidencia salarial, se tiene que a folio 161 a 163 del expediente digital reposa contrato individual de trabajo suscrito por las partes aquí intervinientes, del cual en el párrafo segundo de la cláusula 2ª se extrae que:

«PARAGRAFO SEGUNDO. - Las partes de mutuo acuerdo disponen que no constituyen salario los pagos enumerados en el artículo 128 del C.S.T. modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 efectuados por el EMPLEADOR y que el TRABAJADOR reciba durante la vigencia del contrato por concepto de auxilios, beneficios, bonificaciones, gratificaciones, primas extralegales de vacaciones, servicios, fin de año, navidad, antigüedad o cualquiera otra diferente a las anteriormente mencionadas, que lleguen a acordar extralegalmente. Así mismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 antes mencionado las partes acuerdan que no constituyen salario ni se tendrán en cuenta como factor de esto los pagos que reciba el Trabajador con ocasión de su contrato de trabajo por concepto de transporte, ni la alimentación, vestuario, habitación, dotación o cualquier otro beneficio que sea proporcionado por el EMPLEADOR al TRABAJADOR».

A su turno, la cláusula primera del otro sí al contrato suscrito por las partes, contempla el reembolso de gastos de transporte y su procedimiento para el cobro por parte del trabajador, en dicho cuerpo



normativo se previó que las sumas que se entreguen por ese concepto no constituyen salario ni en dinero, ni en especie, tampoco tendrán incidencia prestacional o parafiscal cuando corresponda a una herramienta de trabajo para desarrollar a cabalidad sus funciones y no una retribución a su labor.

Entre tanto, a folios 298 a 310 del informativo, reposa documento denominado Plan de Beneficios Extralegales para Empleados Oficiales emitido por el Citibank, del que se desprende en su numeral 2° «Póliza de Hospitalización y Cirugía» que «El Banco proporcionará a sus trabajadores oficiales beneficiarios de este Plan la cobertura de una póliza de hospitalización y cirugía a los trabajadores que voluntariamente deseen afiliarse a la misma, pudiendo incluirse al grupo familiar primario (padres no mayores de 64 años si es soltero o esposa e hijos hasta los 25 años si es casado), cubriendo el Banco parte de la prima de la póliza de acuerdo con los programas y coberturas que se establezcan en los diferentes planes», y más adelante, en su aparte de disposiciones varias, en el numeral 2° estableció que «Las prerrogativas, prestaciones, auxilios y, en general, beneficios en dinero o en especie del presente Plan se acuerdan como de naturaleza no salarial por lo que no constituyen salario ni factor prestacional, indemnizatoria o parafiscal para ningún efecto legal conforme a lo consagrado en los artículos 15 y 16 de la Ley 50 de 1990... y se otorgaran de manera unilateral y por mera liberalidad, a menos que expresamente se establezca lo contrario en el respectivo beneficio o prerrogativa».

De lo expuesto en precedencia, es que para la Sala ningún reproche merece la intelección a la que arribó la sentenciadora de primer grado, al establecer la no incidencia salarial que tienen los conceptos denominados «PREPAGADA BANCO» y «R. TRANSPORTE», que fueron percibidos por la accionante. Lo anterior se afirma por cuanto, como bien lo señala el artículo 128 del C.S.T., modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, no constituye salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, así como lo que recibe en dinero o en especie no para su



beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tampoco hacen tiene naturaleza salarial los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie.

Para el asunto bajo estudio, se tiene que en lo referente al concepto denominado «R. TRANSPORTE», el mismo fue tratado desde la suscripción del contrato de trabajo como factor no salarial, pues si bien, tal como lo aduce la parte demandante, la encartada no puede hablar de reembolso al no requerir de la trabajadora facturas que soporten la cantidad dineraria gastada por aquella en la utilización de servicios de transporte, ese mero formalismo se encuentra ampliamente superado con lo depuesto por los testigos Luz Briyith Mariño Mogollón y Cristian Sebastián Báez Moreno, quienes fueron constantes en afirmar que el soporte que tenía la empresa para legalizar los gastos de transporte era un cuadro en Excel, en el que se registraban los datos de los clientes que se visitaban, las fechas y direcciones, reporte que se le entregaba a la Gerente de la Oficina o sucursal para que aquella validara, de acuerdo a un informe previo de visitas del empleado, la viabilidad o no del reembolso, aspecto este que se hacía mes vencido, información que se acompasa con lo declarado por la demandante en su interrogatorio de parte al señalar que *«... es un pago por los transportes por las visitas que se le hacía a los clientes, y no era por reembolso porque yo no tenía que presentar absolutamente ninguna factura, ningún documento, ningún voucher de taxi, simplemente le agendaba a la Gerente, le decía voy para tal parte, pero nunca había que pasar cuanto te costó la carrera o por ejemplo la factura, factura de cuanto, no, nunca había facturas»*, y más adelante agregó *«Se diligenciaba únicamente la información del cliente que se había visitado nada más, y se podía hacer un estimado, pero nunca se pasó factura o soporte...»*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

De esta manera, si bien no se tenía que entregar facturas que soportaran el gasto en que se incurrió en la visita de los clientes por concepto de transporte, no menos cierto es, que sí había que soportar con la información de las visitas y las direcciones de los clientes, el citado gasto, para de esta manera ser beneficiario del reintegro por concepto de transporte, trámite que conocían incluso los testigos de la demandante y que se desarrollaba cada mes con el fin de recaudar tal concepto. Ahora, y si en gracia de discusión se acogiera la tesis planteada por el extremo activo, en el entendido que no puede dársele la connotación de reembolso al pago que efectuaba el Banco por concepto de transporte, lo cierto es, que en el parágrafo segundo de la cláusula segunda del contrato de trabajo y en la cláusula primera del otro sí al contrato de trabajo suscrito por las partes, se estableció que *«... las partes acuerdan que no constituyen salario ni se tendrán en cuenta como factor de esto los pagos que reciba el Trabajador con ocasión de su contrato de trabajo por concepto de transporte, ni la alimentación, vestuario, habitación, dotación o cualquier otro beneficio que sea proporcionado por el EMPLEADOR al TRABAJADOR»*.

Y es que en este punto adquiere relevancia lo depuesto por la accionante al momento de absolver el interrogatorio de parte que le fuera formulado, en el entendido de señalar que los dineros que percibía por parte del Banco por concepto de «R. TRANSPORTE», se obtenían por las visitas que efectuaba el comercial a los diferentes clientes, lo que implica entonces, que dicho concepto no estaba destinado a incrementar el patrimonio del trabajador o beneficiarlo de manera alguna de forma personal, sino por el contrario, se destinaba para la adecuada ejecución de sus funciones; razón por la cual, se confirmará lo resuelto por la sentenciadora de primera instancia en este aspecto.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Ahora bien, en lo atañadero al beneficio «*PREPAGADA BANCO*», al igual que el concepto «*R. TRANSPORTE*», no puede ser considerado como factor salarial, en tanto, si bien la entidad bancaria lo denominó «*PREPAGADA BANCO*», tal estipendio no es otro diferente al contemplado en el Plan de beneficios extra legal otorgado por la entidad demandada, pues nótese, que si bien en el en el cuerpo del documento extra legal se le denominó «*Póliza de Hospitalización y Cirugía*», concepto disímil al reportado en los desprendibles de nómina, lo cierto es, que se trata del mismo privilegio, véase, como el numeral 2° de dicho Plan contempló que «*El Banco proporcionará a sus trabajadores oficiales beneficiarios de este Plan la cobertura de una póliza de hospitalización y cirugía a los trabajadores que voluntariamente deseen afiliarse a la misma, pudiendo incluirse al grupo familiar primario (padres no mayores de 64 años si es soltero o esposa e hijos hasta los 25 años si es casado), cubriendo el Banco parte de la prima de la póliza de acuerdo con los programas y coberturas que se establezcan en los diferentes planes*».

Estipendio del cual hizo uso la ex trabajadora en las condiciones y en los términos antes señalados, pues así lo confesó en su interrogatorio de parte al señalar que el beneficio de prepagada Banco, era un convenio de carácter voluntario al cual podían o no afiliarse los trabajadores, que en su caso particular hizo uso de él y afilió a sus padres, señaló por demás que el descuento se lo hacían mensual y que feneció el día que fue terminado su contrato de trabajo, pese a ello, ella continuo por cuenta propia asumiendo los gastos de los tratamientos del progenitor a efectos de dar continuidad a la rehabilitación en salud.

Se suma a lo precedente, que al examinar los desprendibles de nómina, si bien se refleja un pago por dicho concepto, al verificar la casilla de deducibles, el mismo monto era descontado, por lo que no puede entenderse que el pago constituyera una entrada al capital de la demandante, por lo demás, en lo referente a la cláusula de exclusión, al tratarse de una prebenda extra legal, tal como lo contempla el



artículo 15 de la Ley 50 de 1990, no importa si es continuo su suministro o no, pero siempre que se pacte su exclusión frente al factor salarial, aquel concepto no tendrá concitación de salario.

En este punto, hay que señalar, que la demandante aceptó que el beneficio era de carácter voluntario, el cual se encontraba en el Plan de Beneficios ofertado por la compañía, lo conlleva a que, si deseaba ser beneficiaria de tal estipendio, era menester acogerse a las políticas que lo gobernaban, es así, que es el Banco quien contrataba con la entidad promotora de salud y no era a elección del trabajador, por tanto al estar sujeta a dichas políticas, también aceptó lo que sobre el tema de exclusión salarial contempla el mismo Plan de beneficios. En tal virtud, en este punto se confirmará la sentencia apelada.

Por lo hasta aquí expuesto, y al no resultar procedente darles la connotación salarial a los conceptos pretendidos por la demandante, es que surge patente la imposibilidad del estudio de la reliquidación perseguida, así como la condena por sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., por lo que también será confirmada la sentencia apelada en este aspecto.

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA

Según el principio de la carga probatoria, corresponde al trabajador demostrar el despido y al empleador demandado por la terminación injusta del contrato, acreditar la justa causa para 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 CGP.



Del mismo modo, tanto el párrafo del artículo 62, como el artículo 66, ambos del Código Sustantivo del Trabajo, establecen que la parte que termina el contrato de trabajo, debe manifestar a la otra al momento de la extinción del vínculo, la causal o motivo de esa determinación, sin que con posterioridad puedan alegarse motivos o causales distintas.

Igualmente, se tiene por sentado que para dar por finalizado un contrato de trabajo con justa causa, basta con indicar los hechos motivantes del despido y que estos guarden armonía con las hipótesis previstas en el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, como se precisó en la sentencia SL38872 del 23 de marzo de 2011, M.P Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Así, se tiene entonces que, según comunicación del 30 de abril de 2018, visible a folio 451 a 453 del expediente digital, la encartada da por terminado el contrato de trabajo de la demandante en los siguientes términos:

«Me permito informar la decisión de CITIBANK S.A. de terminar su contrato de trabajo, de forma unilateral y con justa causa, decisión que hará efectiva a la finalización de la jornada laboral del día treinta (30) de abril de dos mil dieciocho (2018), de conformidad con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo en los artículos 58 numerales 1) y 5) y 62 subrogado por el artículo 7 del D.L. 2351 de 1965 literal a) numeral 6) y lo establecido en el Reglamento Interno de Trabajo de la Entidad en los artículos 47 literales e) y g), 51 numerales 1) y 5) y 58 literal f).

La decisión anterior es adoptada teniendo en cuenta los siguientes graves incumplimientos de sus obligaciones y negligencias: incumplimiento de sus obligaciones contractuales, consistente en haber tramitado la apertura del CDT No. 1101800080 por valor de \$40'000.000 a 90 días solicitando al buzón Cotizaciones Depósitos una tasa de interés preferencial que pasó de 3.73 efectivo anual a 4.20 efectivo anual, haciéndose pasar por una cliente externa al Banco cuando en realidad el CDT era para usted, obteniendo con ello un beneficio económico particular indebido, gracias a su posición en el Banco, vulnerando con su actuación el Código de Conducta que rige la compañía...»



De esta manera, con miras a definir si los hechos que dieron lugar a la terminación del contrato con justa causa realmente acaecieron, la Sala logra apreciar dentro del plenario que a folio 330 a 342 del cartapacio procesal reposa Reglamento Interno de Trabajo, el cual en el literal f) del artículo 56, prevé que constituye falta grave «f) La violación grave por o parte del trabajador de las obligaciones contractuales o reglamentarias», seguido a ello, a folios 343 a 399 milita Código de Conducta de la entidad demandada, en la que en el capítulo denominado conflictos de interés consagra los posibles eventos en los que se puede configurar un conflicto de interés, dentro de los que se registran, a modo de ejemplo, que el empleado omita informar a su director y su oficial de compliance cualquier convenio comercial que realice con el Citi, del mismo modo, el aceptar tratamiento preferencial por parte de proveedores, distribuidores o clientes sin la autorización previa del Director, en este punto, señala el manual, que está prohibido pedir o aceptar término o condición preferencial en relación con inversiones u operaciones personales, salvo que los términos estén disponibles para cualquiera que tenga una cartera o solvencia crediticia similar a la suya.

Ahora bien, como lo que se le endilgó a la accionante fue una indebida gestión por parte suya frente al trámite de apertura y solicitud de tasa preferencial al interior de un CDT a nombre suyo, del cual se deriva un presunto favorecimiento indebido, en atención a las funciones y la calidad que ostentaba la ex trabajadora, preciso se torna traer a colación lo que para tal efecto dispuso el Banco en la Circular 050 de julio de 2017, resaltando claro está, que en todos los eventos, el trámite de apertura y beneficio de tasa, se encuentra determinada de forma general para todos los clientes de la entidad, sin que se haga exclusión alguna por parte de Citibank cuando el producto es solicitado por un trabajador de la entidad.



Pues bien, a modo general señala la citada circular, que en materia de CDT'S. el cliente debe acercarse de forma presencial a la oficina, diligenciando los formularios requeridos, los cuales serán verificados por el asesor comercial, seguido, el asistente de cuenta entregará al Supervisor Operativo el contrato de apertura, la documentación anexa y el CDT físico emitido para revisión y aprobación en el sistema Taller, también se señala que es responsabilidad del Asesor comercial o del Gerente el asegurar que todos los procedimientos y controles definidos por el Sarlaft se encuentran acreditados.

Es claro entonces, que sin hacerse distinción alguna entre clientes o personal activo del Banco, todos pueden hacerse beneficiarios de los productos que la entidad bancaria oferta, ello, previo el cumplimiento de los procedimientos y requerimientos establecidos en la Circular 050 de julio de 2017, es decir, tramitar los productos por intermedio de asesor comercial con el lleno de los requisitos que se imponen para el efecto, pese a ello, la encartada endilga como falta grave, el desconocimiento de las obligaciones emanadas del contrato de trabajo, o cualquier otro reglamento, directriz u orden impartida por el Banco, en torno al aprovechamiento indebido de la condición de empleado, que para el caso de la accionante, fue el trámite de apertura de un CDT y la adquisición de una tasa preferencial, el cual ejecutó, según la accionada, en beneficio propio pero en tercera persona.

Al constatar la falencia, se tiene que es claro que en el protocolo de apertura no se hace distinción alguna al procedimiento que debió adelantar la trabajadora en torno a la inauguración de su CDT, pese a ello, tal como se estableció del testimonio vertido por el señor Cristian Sebastián Báez Moreno, la aquí demandante gestionó inicialmente un producto CDT por el monto de \$80'000.000, el cual fue tramitado por aquel, en condición de asesor comercial, y con posterioridad a ello, se



realizó el trámite de una nueva apertura de CDT por parte de la demandante, esta vez por la suma de \$40´000.000, siempre a través de dicho asesor comercial, cumpliendo así con el deber que le asiste de no tramitarse productos por cuenta propia, siguiendo los lineamientos del Código de Conducta de la entidad.

Ahora bien, en lo que sí se observa la Sala un procedimiento irregular por parte de la operaria, es en lo referente a la solicitud de trámite de tasa preferencial, pues si bien, ya había adelantado el proceso de apertura del CDT, le restaba negociar la tasa cambiaria, aspecto este, el cual al sentir de la encartada se debió dar a través del mismo asesor comercial, siendo prohibido para la demandante adelantar gestión alguna al respecto. Pese a lo dicho, debe precisarse que no existe disposición reglamentaria en concreto que impida tal gestión a la accionante, máxime si se tiene en cuenta que esta era una de las funciones que estaban a su cargo; sin embargo, a fin de establecer si la señora Trujillo Falla trasgredió el Código de Conducta en lo referente al conflicto de interés, debe decirse, que no se acreditó tal situación.

Lo anterior se afirma, por cuanto tal como lo dispone el compendio conductual, se genera conflicto de intereses o sospecha del mismo, siempre que el empleado omita informar la intención de apertura una cuenta, o de efectuar algún tipo de transacción o en general acceder a algún tipo de servicio financiero que le genere un provecho superior al que se encuentra establecido para cualquier otro usuario en las mismas condiciones financieras a las suyas, situación que no se acreditó en el informativo, pues si bien, la demandante pretermite el procedimiento establecido para acceder a una tasa preferencial, al no remitir la respectiva solicitud por intermedio del asesor comercial, no puede desconocerse, que aquella también tenía esas funciones a su cargo, y que no se probó al interior del proceso el otorgamiento de un



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

beneficio que haya sido concedido de manera fraudulenta o sin el consentimiento de la entidad, pues recuérdese que el procedimiento en materia de CDT es claro en disponer que es el Supervisor o Gerente de la sucursal es quien estudia la viabilidad de la concesión de la prerrogativa solicitada, no estando en manos de la accionante tal aspecto.

Ahora bien, censura la encartada, el accionar de la señora Trujillo Falla al remitir correos en los que hablando en tercera persona solicita el beneficio de tasa a nombre propio, lo que al sentir de la encartada, genera duda en torno de a quien se le está otorgando realmente tal prerrogativa, sin embargo, pese a existir tal disparidad en el correo, en tanto en verdad la accionante siempre lo dirigió refiriéndose en tercera persona, lo cierto del caso es, que no puede escudarse la demandada en el desconocimiento del beneficiario al que se dirigía el pedimento, pues tal como se acreditó al interior del proceso, todas las transacciones se tramitaban conforme al documento interno de cliente o RB, que se asemeja al documento de identificación civil, y era con base a aquel, que la entidad estudiaba la viabilidad o no de la concesión de tasa especial, por lo que si bien, se habló en tercera persona, el Banco siempre tuvo conocimiento frente a quien se estaba dirigiendo tal beneficio.

Bajo esta óptica, resulta ineludible la inexistencia de la justa causa para despedir alegada por el extremo pasivo de la Litis, pues se itera, pese a que se le endilgó a la demandante una serie de faltas graves a las obligaciones propias que le asisten como empleada, lo cierto es, que en manera alguna las mismas se acreditaron al interior del proceso, ello, en tanto no existe de forma taxativa en los reglamentos internos de la compañía tipificación a la conducta desplegada por la accionante, como tampoco se advierte trasgresión a las disposiciones que regulan



la materia en la ley sustantiva, sin dejar de lado la inexistencia del provecho propio de la actora.

En virtud de todo lo expuesto, es que surge patente la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda, se impone costas a cargo de las apelantes tanto demandante como demandada, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$300.000.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 30 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ANDREA DEL PILAR TRUJILLO FALLA** contra la sociedad **CITIBANK COLOMBIA S.A**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda, se impone costas a cargo de las apelantes



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

tanto demandante como demandada, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$300.000.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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